بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الخليل

كلية الدراسات العليا

برنامج القضاء الشرعي

أثر العرف في الأحوال الشخصية

دراسة فقهية قانونية

إعداد الطالب

أحمد رشاد عبد الهادي ابو حسين

الرقم الجامعي:21119001

إشراف

الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري

قُدِّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي بكلية الدراسات العُليا في جامعة الخليل

1435هـ - 2013م

أثر العرف في الأحوال الشخصية

دراسة فقهية قانونية

إعداد الطالب

أحمد رشاد عبد الهادي ابو حسين

نوقشت هذه الرسالة واجيزت يوم الخميس بتاريخ ٢١ / ١١ / ٢٠١٣م،

الموافق ١٧ محرم ١٤٣٥هـ

أعضاء لجنة المناقشة:

١. أ.د حسين مطاوع الترتوري	مشرفاً	التوقيع..............
١. د. أيمن عبد الحميد بدارين	ممتحناً داخلياً	التوقيع..............
١. أ. د. حسام الدين عفانة	ممتحناً خارجياً	التوقيع..............

الإهداء

إلى من أوصاني الله ببرهما أحياء وأمواتا بقوله تعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)[1].

إلى أمي الغالية الحبيبة التي رافقتني دعواتها المباركة الخالصة، فجزاها الله عني خير الجزاء، وأمد في عمرها، وختم بالصالحات أعمالها، وجعل خير أيامها يوم لقائه عز وجل.

إلى أبي الغالي الحبيب الذي صبر كثيراً، وتحمّل لأجل أبنائه، وآثرهم على نفسه، ووسعهم حبّاً بقلبه، ولم يضن عليهم بما يملك، فجزاه الله عني خير الجزاء، وأمد في عمره، وختم بالصالحات أعماله، وجعل خير أيامه يوم لقائه عز وجل.

إلى زوجة أبي التي هي لي بمثابة أمي، أطال الله عمرها وأحسن عملها.

إلى إخوتي وأخواتي وكل مَن له حق عليّ.

إلى جميع أساتذتي الذين علموني الخير جزاهم الله خيراً.

إلى كل من أسهم أو أرشد أو نصح ولو بكلمة.

إلى كل طالب علم يلتمس طريقاً إليه.

إلى كل المخلصين والدعاة المرابطين والشيوخ العاملين في بيت المقدس وأكناف بيت المقدس وسائر ديار المسلمين.

أهدي هذه الرسالة.

[1] – سورة الإسراء، آية 23.

الشكر والتقدير

امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾[1]، ولأن شكر الله يستلزم شكر أصحاب الفضل.

- فإني أرفع شكري وتقديري إلى جامعة الخليل التي حضنتي في رحابها ، ممثلة بعمادة الدراسات العليا وكلية الشريعة.
- كما أتقدم بخالص شكري وتقديري لأستاذي ومعلمي عميد كلية الشريعة فضيلة الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، فكان نعم الأستاذ، ونعم الموجه، والذي لم يبخل علي بعلمه ووقته فجزاه الله خيراً.
- كما أتقدم بالشكر والتقدير للأستاذين الكريمين الفاضلين عضوي لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور حسام الدين عفانة، والدكتور أيمن البدارين على تكرمهما وتفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة شاكراً لهما ما يقدمانه من ملاحظات قيمة حول هذه الرسالة.
- وأخيراً أتوجه بشكري وتقديري لكل من قدم لي مساعدة في انجاز هذه الرسالة، ولو كانت كلمة طيبة.

---

[1] – سورة إبراهيم، آية 7.

ملخص الرسالة

أثر العرف في الأحوال الشخصية

دراسة فقهية قانونية

إعداد الطالب: أحمد رشاد عبد الهادي ابو حسين

إشراف: الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري

جاءت هذه الرسالة بعنوان " أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية"، وتتكون من مقدمة وأربعة فصول وخاتمة:

المقدمة: تحدث الباحث فيها عن أهمية الموضوع والمنهجية التي التزم بها.

الفصل الأول: وهو بعنوان "العرف مفهومه وحجيته وتقسيماته في الشريعة الإسلامية".

تناول فيه الباحث موضوع العرف من حيث تعريفه في اللغة والشرع، وتمييزه عما يشتبه به، وأقسام العرف، وحجية العرف والأدلة على ذلك، وشروط اعتباره، وتعارض العرف مع الأدلة الشرعية، واختلاف الأحكام باختلاف العرف.

الفصل الثاني: وهو بعنوان " أثر العرف في عقد النكاح". وفيه عشرة مباحث:

وقد تناول فيه الباحث تعريف النكاح، وألفاظ انعقاد الزواج، وتراخِي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج، والعدالة في الولي والشهود، والكفاءة في الزواج، والشروط في عقد الزواج، وأهلية الزوجين من حيث السن، وسكوت البكر في النكاح، وطبيعة إعلان عقد الزواج، وحكم تأخير الوطء إلى ليلة الزَّفاف، وأثر العرف على ذلك كله.

الفصل الثالث: وهو بعنوان "أثر العرف في فُرَق النِّكاح". وفيه أربعة مباحث:

وقد تناول فيه الباحث أثر العرف في الطلاق، وأثر العرف على الخلع القضائي، وأثر العرف في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج، وأثر العرف في التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع أو الضرر.

الفصل الرابع: وهو بعنوان "أثر العرف على آثار النكاح". وفيه ستة مباحث:

وقد تناول فيه الباحث أثر العرف على المهر، وأثر العرف على النفقة، وأثر العرف في متاع البيت، وأثر العرف على الرضاعة، وأثر العرف على الحضانة، وأثر العرف على النسب.

الخاتمة: وقد تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث.

والحمد لله رب العالمين.

المقدمة

الحمد لله حمداً يليق بجلال وجهه، وعظيم سلطانه، فهو الذي يُثَبِّتُ الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا، وفي الآخرة. وأصلي وأسلم على خيرة الله من خلقه محمد بن عبد الله، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، والسراج المنير، وعلى آله وصحبه، ومن سار على دربه إلى يوم الدين، وبعد.

فموضوع بحثي أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، وقد اخترت هذا الموضوع؛ لأنّ للعرف أثراً ملحوظاً وملموساً في الفقه الإسلامي، حتى قال أهل العلم عبارات كثيرة مشعرة ومخبرة عن ذلك، فمثلا نجد الإمام ابن القيم يقول في إعلام الموقعين: (ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم، وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضر على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان)[1].

وبما أن مسائل الأحوال الشخصية تندرج تحت الفقه الإسلامي فقد تأثرت بالعرف بشكل ملحوظ، مما دفعني إلى أن أبرز هذا الأثر في بحث خاص.

واسأل الله أن يوفقني في هذا البحث، وأن ييسره لي، وأن يكون خالصاً لوجهه، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهداف البحث:

1. التعرف على معنى العرف في اللغة والاصطلاح، والفرق بين العرف والعادة، وأقسام العرف، وحجيته، وشروط اعتباره، وتعارض العرف مع الأدلة الشرعية.
2. التعرف على أثر العرف في عقد النكاح، وذلك من خلال معرفة أثر العرف في حقيقة النكاح، وفي ألفاظه، ونحو ذلك.

---

[1] – إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن قيم الجوزية ، ج3، ص78 ، دار الجيل ،بيروت، 1973 ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد.

3. بيان مدى تأثير العرف على فُرَق النكاح، وذلك من خلال معرفة أثر العرف في الطلاق، ونحو ذلك.

4. بيان أثر العرف على آثار النكاح، وذلك من خلال الاطلاع على أثر العرف في المهر، والنفقة، ونحو ذلك.

أهمية البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

1. تحقيق أهدافه المذكورة.
2. إنّ العرف أصل عظيم من أصول الفقه فهو دليل من أدلة الأحكام الكلية.
3. يجمع هذا الموضوع بين علم الفقه وأصوله والقواعد الفقهية، مما يتيح لي فرصة البحث في كتب أصول الفقه وكتب الفقه، وخاصة أن علمي الفقه وأصوله لا غنى لطالب العلم عنهما.
4. أنه يجمع الى جانب علمي الفقه وأصوله، جانباً تطبيقياً واقعياً في التعرف على مدى تأثير العرف على قانون الأحوال الشخصية، مما يتيح لي وللقارئ فرصة الاطلاع والاقتراب من المحاكم الشرعية لمعرفة مدى تأثير العرف على مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة أن طالب القضاء الشرعي يجب أن يكون على علم بما يحصل في المحاكم ليجمع بين الجانب النظري في الجامعة والجانب التطبيقي في المحكمة.
5. كان العرف وسيبقى باباً واسعاً وكبيراً لنمو التشريع وتطوره، لأنه يتفق مع واقع الناس ومقتضيات العصر، وملاحقة التطور البشري يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم الى مقاصد الناس وتصرفاتهم.

الدراسات السابقة:

1. العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي: للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سِنّة (ت 1424هـ) وهي عبارة عن رسالة تقدّم بها – رحمه الله –لنيل درجة العالمية من الأزهر الشريف. وقد تكونت الرسالة من 206 صفحات. وأما موضوع الرسالة فهو يبحث في

دليل من أدلة الأحكام الكلية، ولذلك قسم رسالته إلى ثمانية مقالات وخاتمة: فالمقال الأول احتوى على المقدمات من تعريف للعرف والعادة في اللغة والفقه والنسبة بينهما، وأسباب نشوء العرف، وتقسيماته المختلفة إلى قولي وعملي وإلى عام وخاص وشرعي وإلى مقرر للمعنى اللغوي وقاض عليه وإلى ثابت ومتبدل. وأما المقال الثاني: فهو معنى اعتبار العرف ودليله، وقد احتوى على: طريقة المتقدمين في الاستدلال على العرف ومناقشة الأدلة، ومن ثم تعرض إلى معنى اعتبار العرف وطريقة المؤلف في الاستدلال، ومن ثم حصر أنواع العرف في أربعة أنواع وهي: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً، والعرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث، والعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، والعرف القولي. وأما المقال الثالث: فقد احتوى على شروط اعتبار العرف، وقد قسمها إلى ستة شروط وهي: أولا: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، ثانيا: أن يكون عاماً، ثالثا :أن لا يكون مخالفاً لأدلة الشرع، رابعا: أن يكون قائماً، خامسا: أن يكون ملزماً، يقول المؤلف أنه لم يظفر على اشتراط هذا الشرط بنص صريح في كتب الفقه ولكن قواعده المحكمة لا تأبى اشتراطه، سادسا: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه. وأما المقال الرابع فهو مدى احترام الشريعة للعرف وقد احتوى على: مراعاة الفقه للعرف في طوري الوحي والاجتهاد، واحتوى على منزلة العرف من الفقه. وأما المقال الخامس فتكلم عن تبدل الأحكام بالعرف والعادة، وقد احتوى على: تعارض العرف والأدلة الشرعية، وعلى العرف ونصوص المجتهدين. وأما المقال السادس فتكلم عن العرف والعادة في الفتيا والقضاء، وقد احتوى على: أخذ الحكم من نصوص الفقه، وعلى تحكيم العرف في الوقائع. وأما المقال السابع فهو في تعارض العرف واللغة. وأما المقال الثامن فهو يبحث أهم الأحكام المبنية على العرف والعادة. ومن ثم تحدث في الخاتمة عن أثر العرف في التشريع وهل يمكن عده من أسباب الخلاف بين الأئمة وغير ذلك. وامتاز بحثي بأنه ركز الحديث عن الجانب الفقهي للعرف في مسائل الأحوال الشخصية.

2. أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي: نواف عواد الشويعر، رسالة جامعية (ماجستير في القضاء الشرعي)، جامعة آل البيت، الأردن، كلية الدراسات الفقهية، 2006م، وقد تكونت هذه الرسالة من مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول رئيسة، وخاتمة: المقدمة تحدث الباحث فيها عن أهمية الموضوع والمنهجية التي التزم بها. وأما الفصل التمهيدي : تناول فيه الباحث موضوع

العرف من حيث تعريفه في اللغة والشرع، والفرق بين العرف والعادة، وأقسام العرف، وحجية العرف، والأدلة على ذلك وشروط اعتباره واختلاف الأحكام باختلاف العرف، وتعارض العرف مع الأدلة الشرعية. وأما الفصل الأول فهو أثر العرف في مقدمات الزواج "الخطبة". وأما الفصل الثاني فهو أثر العرف في مقومات عقد الزواج. وأما الفصل الثالث فهو أثر العرف في آثار عقد الزواج. وقد امتاز بحثي عن بحثه بأنه تعرض لمسائل الأحوال الشخصية المختلفة، فقد جمع بين أثر العرف في عقد النكاح وفي فُرق النكاح وفي آثار النكاح ولم يقتصر على مسائل الزواج. كما وقد تعرض البحث لبيان أثر العرف على قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية من فلسطين.

3. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة: إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، وقد تكونت هذه الرسالة من مقدمة وتمهيد وقسمين رئيسيين: قسم نظري، وقسم تطبيقي، وخاتمة .

فالقسم النظري اشتمل على التعريف بالعرف، وتميزه عما يشتبه به، وأقسامه وحجيته، وشروط اعتباره، والاستعمالات الفقهية له .

أما الجانب التطبيقي فقد اشتمل على ما يلي:

الطلاق، والخلع، والرجعة، والإيلاء، والظهار، وأثر العرف في أحكام اللعان، والعدة، والإحداد، والرضاع، والنفقات، والحضانة. وقد امتاز بحثي عن بحثها بأنه تعرض لمسائل الأحوال الشخصية المختلفة، فقد جمع بين أثر العرف في عقد النكاح وفي فُرَق النكاح وفي آثار النكاح ولم يقتصر على الفُرق، كما تعرض لمسائل جديدة في الفرق لم يتعرض لها في الرسائل والأبحاث العلمية الحديثة. كما وقد تحدث البحث عن أثر العرف في فُرَق النكاح في قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية.

4. أثر العرف في كتاب النكاح: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الحمدان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن. بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن. وقد تكون هذا البحث من مقدمة وتمهيد وأربعة فصول وخاتمة:

المقدمة تحدث الباحث فيها عن أهمية الموضوع والمنهجية التي التزم بها. وأما التمهيد: تناول فيه

الباحث، النكاح: تعريفه وأهميته في الشريعة الإسلامية. وتناول فيه موضوع العرف من حيث تعريفه في اللغة والشرع، والفرق بين العرف والعادة، وحجية العرف، والأدلة على ذلك وشروط اعتباره. وأما الفصل الأول فهو بعنوان أثر العرف في أركان النكاح وشروطه. وأما الفصل الثاني فهو بعنوان أثر العرف في باب الصداق. وأما الفصل الثالث فهو بعنوان أثر العرف في باب الوليمة. وأما الفصل الرابع: فهو أثر العرف في أحكام عشرة النساء. وأما الخاتمة فقد تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث. وقد امتاز بحثي عن بحثه بأنه تعرض لموضوعات جديدة لم يتعرض لها، وتحدث البحث أيضا عن أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية.

حدود الدراسة: ستقتصر الدراسة القانونية على قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م المعمول به في الضفة الغربية من فلسطين.

منهج البحث: لتحقيق أهداف هذا البحث على الوجه الأكمل، اتبعت المنهج الوصفي، مستفيداً من المنهجين الاستنباطي، والاستقرائي، وفقا للإجراءات التالية:

1. عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في السور القرآنية.
2. تخريج الأحاديث النبوية من المصادر الحديثية التي خرجتها بسندها، والحكم عليها إذا كانت مروية في غير الصحيحين، أو أحدهما.
3. تخريج الآثار من المصادر الحديثية التي خرجتها بسندها، والحكم عليها–ما أمكن– .
4. الرجوع إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب من المذاهب.
5. ذكر أدلة كل مذهب مع بيان وجه الاستدلال بها، ومناقشتها، وترجيح ما يؤيده الدليل من غير تعصب لأي منها.
6. الرجوع إلى المصادر الحديثة التي يمكن الاستفادة منها في موضوع البحث.
7. الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976م، وشروحه، وتعليمات قاضي القضاة.

8. الرجوع إلى المعاجم اللغوية وللمصادر المتخصصة في المصطلحات لبيان معاني المصطلحات، والألفاظ الغريبة.

9. مهدت لجميع الفصول التطبيقية العملية بتعريف كل فصل منها لغة، واصطلاحا، وما قد يتطلب الوصول إلى المسائل التي هي موضوع الدراسة من مقدمات تخصها بذاتها من الشروط، والأركان، أو حتى عرض مسألة كاملة قد يعتقد القارئ أن ذكرها إقحام لها في الموضوع، بيد أنه في الحقيقة لابد منها للتدرج المنطقي في الوصول إلى المسألة المقصودة والتي بدونها لا تكتمل صورتها في ذهن القارئ. ومن ثم بيان أثر العرف في المسألة من ناحية فقهية، ومن ناحية واقعية قانونية.

10. التعريف بالأعلام غير المشهورين، فلن أترجم للصحابة ولا للأئمة الأربعة ولا لأمثالهم.

11. إثبات النتائج والتوصيات التي يتوصل إليها، ومراعاة الموضوعية والأمانة العلمية.

محتوى البحث: اشتمل هذا البحث على مقدمة وأربعة فصول وخاتمة:

أما **المقدمة** فقد اشتملت على:

أ–عنوان البحث.

ب–أهداف البحث.

ت–أهمية البحث.

ث– الدراسات السابقة.

ج–منهج البحث.

ح–محتوى البحث.

وأما الفصل الأول: العرف مفهومه وحجيته وتقسيماته في الشريعة الإسلامية. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: العرف مفهومه، وتميزه عما يشتبه به.

الفصل الأول: العرف مفهومه وحجيته وتقسيماته في الشريعة الإسلامية. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: العرف مفهومه، وتميزه عما يشتبه به.

المبحث الثاني: حجية العرف وشرائط اعتباره.

المبحث الثالث: تقسيمات العرف.

المبحث الرابع: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية.

المبحث الأول: العرف مفهومه، وتميزه عما يشتبه به. وفيه مطلبان:

المطلب الاول: مفهوم العرف لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: تمييز العرف عما يشتبه به.

المطلب الاول: مفهوم العرف لغة واصطلاحا.

أولا: العرف في اللغة [1]:

1. العُرف: كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، وما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وهو ضد النكر. والعرف والمعروف :الجود.
2. اسم من الاعتراف، يقال له علي مائة عرفا.
3. المكان المرتفع، يقال عرف الجبل ونحوه لظهره وأعلاه.
4. الصبر. قال أبو دهبل الجمحي[2]:(قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات)

وترجع هذه المعاني عند ابن فارس في معجم مقاييس اللغة إلى أصلين، وإليك ذلك:

"(عرف) العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول العرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال: جاءت القطا عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه"[3].

---

[1] – لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري،ج9،ص236، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار،ج2،ص595، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.

[2] – وهب بن زمعة بن أسد بن جمح بن لؤي بن غالب القريشي، توفي63هـ، أحد الشعراء العشاق المشهورين من أهل مكة، قال المرتضى: هو من شعراء قريش، وممن جمع إلى الطبع التجويد، له مدائح في معاوية وعبد الله بن الزبير، وله ديوان شعر. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، ج8،ص125، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 2002 م. معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة،ج13،ص173، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

[3] – معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ج4، ص281، دار الفكر، 1399هـ – 1979م، المحقق: عبد السلام محمد هارون.

ثانيا: العرف في الاصطلاح:

عرّف العلماء العرف بتعريفات كثيرةٍ من أهمها ما يلي:

التعريف الأول: تعريف الإمام النسفي[1]:(ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول).[2]

شرح التعريف:

قوله(ما): عام يشمل القول، والفعل.

قوله(استقر في النفوس): قيد يخرج به ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس، فإنه لا يعد عرفاً.

قوله(من جهة العقول): قيد يخرج به ما استقر في النفوس عن طريق الأهواء والشهوات كتعاطي الخمور وسائر المسكرات. ويخرج به ما استقر في النفوس بسبب خاص كفساد الألسنة الناشئ عن

[1] –عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، أبو البركات، حافظ الدين: فقيه أصولي حنفي، من أهل إيذج (من كور أصبهان) ووفاته فيها سنة 710 ه . نسبته إلى " نسف " ببلاد السند، بين جيحون وسمرقند. له كتاب "المصفى" شرح المنظومة، وكتاب "المنافع شرح النافع"، وكتاب "الكافي شرح الوافي"، وكتاب "كنز الدقائق"، وكتاب "المنار" في أصول الفقه، وكتاب "كشف الأسرار"، وكتاب "العمدة" في أصول الدين، وكتاب "شرح الهداية". تَاج التراجم، أبو الفداء زين الدين قاسم بن قُطلُوبغا، ص175، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى،1413هـ–1992م، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف. الأعلام، الزركلي، ج4،ص67.

[2] – رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين،ج2،ص114. شرح مختصر المنار المسمى بخلاصة الأفكار شرح مختصر المنار، زين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي، ص184، دار ابن كثير ، دمشق، دار الكلم الطيب، بيروت، تحقيق: د. زهير بن ناصر الناصر. الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، ص93، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ–1980م. العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سِنّة، ص8، مطبعة الأزهر،1947م.

وقد وهم بعض العلماء والباحثين فنسبوا هذا التعريف إلى أبي حامد الغزالي، منهم الأستاذ الزرقا في المدخل، والشيخ أبو زهرة في كتابه مالك. ولعل السبب في هذا الوهم أن أبا سنة قال في كتابه: قال في المستصفى، يريد النسفي. فظن بعض الباحثين أنه الغزالي لاعتقادهم أنه لا مستصفى إلا مستصفى الغزالي. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ،ج2،ص838، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة السابعة، 1383 هـ–1963م. مالك، محمد أبو زهرة، ص388، مكتبة الأنجلوا المصرية، مطبعة الاعتماد بمصر. وقد نبه لهذا الوهم في عدة كتب منها: العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة دراسة نظريّة تأصيليّة تطبيقيّة ، للدكتور عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته ،ج1 ، ص 94، المكتبة المكية، الطبعة الأولى ،1418ه –1997م . مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، للدكتور حسنين محمود حسنين، ص101، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون 1409هـ–1989م. العرف حجيته وآثاره الفقهية للدكتورة أسماء بنت عبدالله الموسى، استاذة أصول الفقه المساعدة بجامعة البنات بالرياض،ص7، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب تصدرها جامعة نايف العربية، المجلد 21، العدد41، محرم 1427ه، السنة 21.

اختلاط الأعاجم بالعرب أثناء الفتوحات الإسلامية. ويخرج به ما حصل اتفاقاً كالتفاؤل، أو التشاؤم من بعض الأعمال والأقوال.

قوله(وتلقته الطباع السليمة بالقبول): قيد يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنّه لا يكون عرفاً.[1]

نقد التعريف: وجه للتعريف الانتقادات الخمسة التالية:

1. التعريف غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد فيه، كما يفهم من سياق الكلام أنه إنما يريد به العرف الصحيح.[2]

أجيب على النقد من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: بأننا لا نسلم لهم أنه لم يشتمل على العرف الفاسد، وبيان ذلك إن استقر الأمر في النفوس من جهة العقول وتلقي الطباع السليمة له بالقبول، إنما يعني أن الناس يرون في هذا الأمر الذي استقر مصلحة لهم من جلب منفعة أو دفع مضرة، ويكون المراد بالطباع السليمة مالها القدرة على ربط هذا الأمر بالمصلحة المترتبة عليه، مما يجعلهم يعاودون فعله المرة بعد الأخرى حتى يكون ديدنا لهم، متعارفاً بينهم[3]. والطبع والعقل يخطئ ويصيب، وذلك أن الطباع السليمة ليست منبعاً للخير دائماً، وليست معصومة عن القبح، بل هي العقول تخطئ وتصيب فتقبل عقود الربا، وإحراق الموتى.[4]

الوجه الثاني: لوكان المراد به العرف المعتبر شرعاً وهو الصحيح فقط؛ لكان وصف الطباع بالسليمة غير كاف للخروج من هذا الإيراد، بل لا بد من تقييد ذلك ب"مما لا ترده الشريعة "أو "مما لا يصادم نصاً" ونحو هذا؛ ليكون العرف معتبراً.[5]

الوجه الثالث: إذا سلمنا ان التعريف قاصر على العرف الصحيح، ولم يشتمل على العرف الفاسد، لا يضرنا ذلك؛ لأننا بصدد الحديث عن العرف الذي تبنى عليه الأحكام الشرعية، والذي تبنى عليه الأحكام لا يكون إلا صحيحاً.[6]

---

[1] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص8-9.

[2] – العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص7. مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص103.

[3] – مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص103.

[4] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص9.

[5] – العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته،ج1، ص96.

[6] – مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص103.

2. يحتاج الطالب في فهمه إلى شرح طويل لما فيه من غموض وإبهام، ثم هو أقرب إلى التعريف بالمفهوم منه إلى الحد الاصطلاحي.[1]
3. إنه غير مانع؛ إذ ليس كل ما قبلته الطبائع يعد عرفاً، ولا كل ما استقر في النفوس من جهة العقول يكون عرفاً، فترد عليه العقائد صحيحة كانت أم باطلة؛ إذ هي تستقر في النفوس من جهة العقول وليست عرفاً.[2]
4. ما في دلالة (ال) في كلمتي (النفوس، الطباع) على إرادة الاستغراق والعموم، ليكون العرف ما اعتاده جميع الناس، مع أن هذا غير صحيح؛ لما يأتي في شروط اعتبار العرف من أن العرف يحكم ما دام مطرداً وغالباً، ثم هو أيضا يخرج العرف الخاص وتحكيمه واعتباره.[3]
5. إنه سَوَّى بين العرف والعادة فمدلولهما عنده واحد. وليس الأمر كذلك، إذ أن العادة أعم من العرف.[4]

ويرد عليهم أن الفقهاء اختلفوا في ذلك فمنهم من رأى أن العرف والعادة بمعنى واحد، ومنهم من يرى العرف أعم من العادة، ومنهم من يرى العادة أعم من العرف.[5]

التعريف الثاني: تعريف الجرجاني[6]: (العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول)[7].

شرح التعريف:

هذا التعريف قريب من التعريف السابق، وما ذكرته عند شرح التعريف السابق ونقده يذكر هنا.

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا، ج2،ص838. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته، ج1، ص95.

[2] – أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة، إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد،ص32، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،1424 هـ- 2003م.

[3] – العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته،ج1، ص96.

[4] – العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص7.

[5] – مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص99

[6] – علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف، من كبار العلماء بالعربية. ولد في تاكو (قرب استراباد) ودرس في شيراز، توفي سنة 816 هـ، له نحو خمسين مصنفا، منها " التعريفات " و " شرح مواقف الايجي ". بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،ج2، ص196، المكتبة العصرية، لبنان، تحقيق: محمد أبو الفضل. البدر الطالع، الشوكاني، ص466. معجم المطبوعات، يوسف اليان سركيس، ص 678. الأعلام، للزركلي، ج5،ص7. معجم المؤلفين، كحالة،ج7،ص216.

[7] – التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، ص193، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري.

التعريف الثالث: تعريف الإمام القرطبي[1]:(والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس)[2].

ويرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف النسفي والجرجاني من اعتراضات.[3]

وعرفه: الإمام ابن عطية[4] بأنه: (كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة)[5].

يعترض على التعريف بأن فيه دوراً[6].

ومن تعريفات المحدثين للعرف ما يلي:

عرفه: وهبة الزحيلي[7] بأنه (ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية)[8].

---

[1] – محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي، من كبار المفسرين، صالح متعبد، من أهل قرطبة، توفي سنة671 هـ، من كتبه " الجامع لأحكام القرآن" و " قمع الحرص بالزهد والقناعة " و " الاسنى في شرح أسماء الله الحسنى ". طبقات المفسرين، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ص79، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى ، 1396هـ، تحقيق: علي محمد عمر. الأعلام، الزركلي ،ج5،ص322. معجم المؤلفين، كحالة، ج8، ص239.

[2] – الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ج7،ص346، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية ، 1384هـ – 1964 م، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش.

[3] – انظر ص4.

[4] – عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية المحاربي، من محارب قيس، الغرناطي، أبو محمد، مفسر فقيه، أندلسي، من أهل غرناطة. له (المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز) ، و(المجموع) في ذكر مروياته وأسماء شيوخه. وقيل في تاريخ وفاته سنة 541 و 546. سير أعلام النبلاء، الامام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ج20،ص133، مؤسسة الرسالة، تحقيق : شعيب الارنؤوط. طبقات المفسرين، السيوطي، ص50. الأعلام، الزركلي،ج3،ص282. معجم المؤلفين، كحالة،ج5،ص93.

[5] – المحرر الوجيز في شرح الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية، ج3،ص139، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، الطبعة الأولى، 1400هـ –1980م. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار،ج4،ص448، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ – 1997 مـ، المحقق: محمد الزحيلي و نزيه حماد.

[6] –الدور: هو أن لا يتوقف العلم بالتعريف على العلم بالمعرَّف، كتعريف العلم بأنه أدراك المعلوم. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني،ص61، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة ، 1414 هـ– 1993م.

[7] – وهبة بن مصطفى الزحيلي، أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة من سوريا في العصر الحديث، ولد في مدينة دير عطية من مدن ريف دمشق عام 1932م، وله: الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، أصول الفقه الإسلامي، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج. ويكيبيديا، الموسوعة الحرة،
http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%81%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%B2%D8%B1%D9%82%D8%A7

[8] – أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي،ج2،ص828، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1406هـ – 1986م.

وعرفه: عبد الكريم زيدان[1] بأنه: **(ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل)**[2].
وغيرها من التعريفات.

التعريف المختار:

تعريف الزرقاء[3]: بأنه "**عادة جمهور قوم في قول أو فعل**".[4]

هذا الذي يقرب إلى الحد الصحيح للعرف، وذلك للأسباب التالية:-

أ- اشتمال التعريف على الأقوال والأفعال.

ب- يخرج من التعرف ما حصل بطريقة الاتفاق نادراً ما لم يعتده الناس.

شرح التعريف:

عادة: يفيد هذا القيد أن العرف نوع من أنواع العادة، وهذا رأي من آراء الفقهاء في النسبة والعلاقة بين العرف والعادة، وهذا هو الرأي المختار عند الأستاذ الزرقا.[5]

جمهور: يستفاد منه أن تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس، لا بد من توفره، ولو كان عرفاً خاصاً، وأن يكون موضوع العرف قد اعتاده أكثر القوم في مكان جريانه، ويخرج به: العادة الفردية والمشتركة (وهي التي يتساوى معتادوها وغيرهم عدداً) التي لم تطرد، فهي لا تسمى عرفا، ولا تأخذ حكمه، ولا تبلغ حده.

---

[1] - عبد الكريم زيدان بهيج، أحد علماء أهل السنة في العراق، وأحد علماء أصول الفقه والشريعة الإسلامية، ولد ببغداد سنة 1917م، ونشأ فيها. من مؤلفاته أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، أصول الدعوة، وغيرها. ويكيبيديا، الموسوعة الحرة. الملتقى الفقهي http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4469

[2] - الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص252، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة، 1976م.

[3] - مصطفى أحمد الزرقا، عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، ولد بمدينة حلب في سورية عام 1322 هـ - 1904م، وافته المنية يوم السبت 19 ربيع الأول 1420 هـ - 3 يوليو 1999 م، اهتم الشيخ الزرقا بإصدار سلسلتين علميتين وهما: السلسلة الفقهية: وعنوانها العام:" الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"، والسلسلة القانونية: وتتألف من ثلاث مجلدات في:" شرح القانون المدني السوري". وغيرها من المؤلفات. ويكيبيديا، الموسوعة الحرة. الوعي الاسلامي
http://alwaei.com/topics/view/article.php?sdd=2704&issue=525

[4] - المدخل الفقهي العام، الزرقا ،ج2،ص839.

[5] - المدخل الفقهي العام، الزرقا ،ج2،ص841.

قوم: يستفاد من تنكير لفظ "قوم" دخول العرف الخاص فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة، كما يشمل الناس أجمعين في جميع البلدان، فيكون عرفاً عاماً.

في قول أو فعل: يدل هذا القيد على تقسيم العرف إلى عرف قولي وعرف عملي. كما سيأتي في مبحث أقسام العرف.

ويستفاد من هذا القيد "قول أو فعل": أن العرف لا يكون إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختيار. فيخرج عن معنى العرف: ما كان ناشئاً عن عوامل طبيعية لا عن تفكير واختيار كإسراع بلوغ الأشخاص في البلاد الحارة. فهذا لا يسمى عرفاً بل عادة.[1]

نقد التعريف والرد:

1. ذكر العادة في التعريف يكون دوراً عند من يقول إن العادة والعرف مترادفان.

الرد على هذا الاعتراض: إن ذكر العادة هنا مراد، لبيان النسبة والعلاقة بين العرف والعادة، وأن العادة أعم من العرف. والعرف نوع من أنواعها.[2]

2. التعبير ب "قوم" يخرج النساء. فإذا وجد عرف خاص بالنساء فإن هذا التعريف لا يشملهن.[3]

الرد على هذا الاعتراض من ثلاثة وجوه:

الوجه الأولى: استعمل القرآن لفظ قوم وأراد به النساء والرجال، من مثل قوله تعالى: (وَكَذَّبَ بِهِ قَوْمُكَ وَهُوَ الْحَقُّ قُل لَّسْتُ عَلَيْكُم بِوَكِيلٍ)[4] ،وقوله تعالى:(كَذَّبَتْ قَوْمُ نُوحٍ الْمُرْسَلِينَ)[5]، وأمثال ذلك من الآيات الكريمة، التي تدخل فيه النساء قطعاً، ويشملهن التعبير "بقوم".

الوجه الثاني: دلالة اللغة: جاء في القاموس المحيط (القوم: الجماعة من الرجال والنساء معاً أو الرجال خاصة أو تدخله النساء على تبعية)[6].

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا ،ج2،ص839–840.

[2] – العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1 ،ص102.

[3] – العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1 ،ص103.وهذا الإيراد ذكره الأستاذ أبو عجيلة في كتابه العرف وأثره في التشريع الإسلامي.

[4] –سورة الأنعام، آية66.

[5] – سورة الشعراء، آية 105.

[6] – القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ص1152، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ– 2005م، تحقيق مكتب التراث بإشراف محمد العرقوسي.

الوجه الثالث: الاستعمال العرفي للكلمة: فإن (القوم يشمل النساء بطريق التغليب العرفي في الكلام)[1].

ثالثا: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.

إن العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة، من جهة أن العرف في الاصطلاح الأصولي لا بد من أَن يكون متتابعاً في حياة الناس غالباً عليها.

ويلتقيان في السكون والطمأنينة؛ لأن العرف في الاصطلاح لا بد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم.

وفي الظهور والوضوح؛ لأن العرف لا بد من أن يظهر في حياة الناس ويتضح في تصرفاتهم؛ كي يكون عرفاً لهم.

وعليه فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي، إن لم تكن هي إياها.[2]

---

[1] –التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي،ج26، ص206، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ–2000م.

[2] – تخصيص العموم بالعرف، وأثره في الفروع الفقهية، د. ماهر حامد الحولي الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، ص12، وهو بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثامن عشر، العدد الثاني،2010م.

المطلب الثاني: تمييز العرف عما يشتبه به.

أولا: الفرق بين العرف والعادة.

للعلماء في الفرق بين العرف والعادة وبيان النسبة والعلاقة بينهما ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه أن العرف والعادة بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان، وبالتالي تكون النسبة بين العرف والعادة هي التساوي ويكون عطف أحدهما على الآخر من باب الترادف. ومن أصحاب هذا الاتجاه النسفي[1]، والجرجاني[2]، كما مر سابقا، وهو اختيار الدكتور حسنين حسنين[3] في بحثه (مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية).[4]

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه أن العرف أعم من العادة، فالعرف ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع قولاً كان أو فعلاً. بينما تختص العادة بالعرف العملي فقط، فبينهما العموم والخصوص المطلق. ومن أصحاب هذا الاتجاه الكمال بن الهمام[5] في التحرير[6].

الاتجاه الثالث: يرى أصحابه أن العادة أعم من العرف، وهذا هو الراجح، لأن العادة تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف. وبالتالي تكون النسبة بين

---

[1] – نشر العرف، ابن عابدين،ج2،ص144. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص8.

[2] – التعريفات، الجرجاني، ص193.

[3] – حسنين محمود حسنين من مواليد القاهرة 1938م، حصل على مرتبة الشرف الأولى والتوصية بطبع رسالة الدكتوراه من جامعة الأزهر عام 1974. له مؤلفات وكتب منها: القواعد الأصولية وأثرها في حكم الربا، مصادر التشريع الإسلامي ، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وغيرها. موقع افتاء
.http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/CurrentFatwa/Pages/CurrentFatwa11.aspx

[4] – مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص100.

[5] –محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الاسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، إمام من علماء الحنفية. ولد بالإسكندرية سنة 790هـ، وتوفي بالقاهرة سنة 861 هـ، من كتبه فتح القدير في شرح الهداية، والتحرير، وغيرها. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، ج7، ص298، دار بن كثير ، 1406هـ، دمشق، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرناؤوط. الأعلام، الزركلي ، ج6، ص255.

[6] – تيسير التحرير على شرح التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه ،ج1،ص386،دار الفكر. التقرير والتحبير، محمد بن محمد بن أمير الحاج،ج1،ص351، دار الفكر، بيروت،1417هـ – 1996م. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص11.

العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق. ومن أصحاب هذا الاتجاه الأستاذ الزرقا[1]، والأستاذ أبو سنة[2] [3].

ثانيا: الفرق بين العرف والإجماع[4].

يرى بعضهم أن العرف والإجماع بمعنى واحد، نقل ذلك عبد العزيز الخياط[5]، ولم يعزه لأحد بعينه، ولعله تخريج على القول بأن قول أكثر العلماء إجماع.

وحجتهم في ذلك: أن العرف اتفاق طائفة من الأمة أو جميعها على أمر فيكون إجماعاً.[6]

ويمكن أن يناقش: بأنَّ اشتراكهما في كون كل منهما فيه نوع اتفاق، لا يسيغ تفسير أحدهما بالآخر، لاختلاف حقيقة الاتفاق في كل منهما، أما الإجماع فمبناه على اتفاق جميع المجتهدين ومخالفة واحد أو أكثر تمنع انعقاده، بخلاف العرف فإن مبناه على سلوك الأكثرية، سواء أكانوا مجتهدين أم لا، ولا يلزم فيه الاتفاق التام، فافترقا لهذا المعنى.[7]

---

[1] – المدخل الفقهي العام، الزرقا ،ج2،ص841.

[2] – أحمد فهمي أبو سنة، ولد في محافظة الجيزة مركز الصف سنة 1909، حصل على أول دكتوراه من الأزهر، ومن أهم المؤلفات والبحوث التي نشرت له: كتاب العرف في رأي الفقهاء والأصوليين وهي رسالته للدكتوراة، وكتاب الوسيط في أصول الفقه، وكتاب نظرية الحق في الفقه الإسلامي، وغيرها. فضلا عن إلقاء المحاضرات وحضور الندوات المختلفة في الفقه والاقتصاد الإسلامي (ت 1424هـ). منتدى إجازات العلوم الشرعية والإثبات
http://www.esnady.com/vb/showthread.php?431-%C7%E1%DA%E1%C7%E3%C9-%C7%E1%C3%D5%E6%E1%ED-%CF.-%C3%CD%E3%CF-%DD%E5%E3%ED-%C3%C8%E6-%D3%E4%C9-%C8%DE%E1%E3%E5

[3] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص13.

[4] – الفرق بين العرف والإجماع ، نوف بنت ماجد بن عبدالله الغرم، رسالة الإسلام http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4851

[5] – عبد العزيز بن عزت بن الشيخ مصطفى بن الحاج أسعد الخياط ولد في 1924/12/4 م في مدينة نابلس في فلسطين، حصل على شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر سنة 1969م بدرجة امتياز وهي أول دكتوراه يحصل عليها أردني من جامعة الأزهر وكان موضوع رسالة الدكتوراه "الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ، وله عدة مؤلفات علمية بلغت نحو ثمانين كتاباً مطبوعاً أو مخطوطاً أهمها: نظرية العرف، والمجتمع المتكافل في الإسلام، والنظام السياسي في الإسلام، والمدخل الفقهي، ونظرية العقد. موقع سماحة الدكتور عبد العزيز الخياط http://abdelazizkhayyat.com/CV.html.

[6] – نظرية العرف، عبد العزيز الخياط، ص31، مكتبة الأقصى، عمان، الطبعة الأولى، 1397هـ-1977م.

[7] – الفرق بين العرف والإجماع ، رسالة الإسلام http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4851

وبالتالي أوجه الفرق بين العرف والإجماع ما يلي:

الأول: إنهما يفترقان من جهة شروط انعقادهما: على النحو الآتي:

1- إنهما يفترقان من حيث صفة المتفقين في انعقادهما، إذ لابد في الإجماع من وصف الاجتهاد في المجمعين فإن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور، بخلاف العرف فإنَّه لا يشترط فيه ذلك، بل يكفي أن يصدر من الأكثرية الغالبة سواء أكانوا مجتهدين أم لا.[1]

2- إنَّهما يفترقان من حيث العدد فإن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر وقوع الواقعة المعروضة، ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تمنع انعقاد الإجماع، أما العرف فإنه ينعقد بتوافق جميع الناس، وبتوافق غالبهم، أي: أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا يمنع انعقاد العرف[2]، لأنَّ العبرة في الأعراف للغالب الشائع لا القليل النادر[3].

3- إنَّ الإجماع ينعقد بمجرد اتفاق المجتهدين على حكم المسألة، دون حاجة إلى تكراره، أما العرف فلا ينعقد إلا إذا تكرر فعله، حتى يستقر في النفوس، وتطمئن إليه القلوب.[4]

الثاني: إنهما يفترقان من حيث الاحتجاج بهما، ويبرز الفرق من الآتي:

1- إنَّ الإجماع ملزم لجميع أفراد الأمّة من تعارفه، ومن لم يتعارفه على حد سواء بخلاف العرف فإنَّه إنما يكون محكماً بين من يتعارفونه دون غيرهم، وما يكون ملزماً للجميع أقوى مما يكون ملزماً للبعض.[5]

[1] – أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، ص328، الدار الجامعية، بيروت.

[2] – مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، حسنين حسنين، ص109.

[3] – مجلة الأحكام العدلية ، المادة(42)، ص20.

[4] – أصول الفقه الإسلامي، محمد شلبي، ص328. العرف محمد جبر الألفي، ضمن بحوث مجلة المجمع الفقهي (ص3268)، الدورة الخامسة.

[5] – أصول الفقه الإسلامي، محمد شلبي، ص328.

2- إنَّ الإجماع إذا تحقق فإنَّه لا يتغير بتغير الزمان والمكان، أما العرف فإنه يتأثر بالزمان والمكان[1]، ومن هذا قولهم "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"[2]، والمراد بالأحكام هنا الأحكام المستندة على العرف.[3]

قال الشاطبي[4]: "إنَّ العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال"[5].

3- إنَّ الإجماع دليل شرعي معتبر، لا يعتريه البطلان، بخلاف العرف، فإنَّه قد يكون باطلاً، كما لو تعارف الناس على أمر محرم مصادم للنص.[6]

4- إنَّ الإجماع لابد له من مستند نص أو قياس أو ما يلحق بذلك من الأدلة، أما محل العرف وسنده الباعث له فهو حوائج الناس، وتحقق مصالحهم، ورفع الحرج عنهم.[7]

الرابع: الاستدلال بالإجماع في العبادات وغيرها من أبواب الفقه، وأما العرف فإنَّما يستدل به من استدل به في غير باب العبادات.[8]

---

[1] - المصدر السابق، ص329.

[2] - مجلة الأحكام العدلية ، المادة(39)، ص20.

[3] - درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج1، ص43، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني.

[4] - ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغرناطي، المالكي الشهير بالشاطبي، (أبو اسحاق) محدث، فقيه اصولي، لغوي، مفسر. مات في شعبان790 هـ، من مؤلفاته: الموافقات، عنوان الاتفاق في علم الاشتقاق، والاعتصام. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، اسماعيل باشا بن محمد امين بن مير سليم البابانى، ج2، ص127، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، عنى بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين بالتقايا، ورفعت بيلكه الكليسى. معجم المؤلفين، كحالة،ج1،ص118. موسوعة الأعلام، موقع وزارة الأوقاف المصريةج1،ص298.

[5] - الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ج2، ص509، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ- 1997م، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.

[6] - العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص123.

[7] - المصدر السابق ،ج1، ص122.

[8] -- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي،ج3، ص563، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ - 2000م، تحقيق: د. محمد محمد تامر. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ص193، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م. الفرق بين العرف والإجماع ، رسالة الإسلام http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4851

المبحث الثاني :حجية العرف وشرائط اعتباره . وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية العرف.

المطلب الثاني: شرائط اعتبار العرف.

المطلب الأول: حجية العرف.

تحرير محل النزاع:

ينقسم العرف من حيث اعتباره في الأحكام إلى ثلاثة أقسام:

الأول: العرف الذي اقره النص الشرعي، وأثبته؛ كمراعاة الكفاءة في النكاح، ووضع الدية على العاقلة فهذا يجب اعتباره والأخذ به .

الثاني: العرف الذي لم يعتبره النص الشرعي، ونفاه؛ وهو العرف الفاسد. كعادة أهل الجاهلية في التبرج، وطوافهم بالبيت عراة، والجمع بين الأختين، وغير ذلك من الأعراف التي نهى عنها الشارع، فهذه الأعراف لا تعتبر.

الثالث: العرف الذي لم يقم الدليل الشرعي على اعتباره أو نفيه، وهذا هو موضع نظر الفقهاء.[1]

وبناء على ذلك: من ينظر في آثار السلف وكلام الفقهاء من بعدهم على اختلاف مذاهبهم يجد عبارات تدل على اعتبار العرف وأنه حجة في استنباط الأحكام.

- فمثلا نجد عن ابن سيرين: (أن ناسا من الغَزَّالين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم فقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكذا، فقال: سُنَّتُكُمْ بَيْنَكُمْ)[2]. قوله سنتكم بينكم أي جائزة وهذا على أن

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت،ج30، ص57، الأجزاء من 1 – 23 : الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت، الأجزاء من 24 – 38 : الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة – مصر، الأجزاء من 39–45: الطبعة الثانية ، طبع الوزارة، الطبعة (من 1404 – 1427هـ).

[2] –الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، ج3،ص103، حسب ترقيم فتح الباري، دار الشعب – القاهرة، الطبعة الأولى ، 1407هـ – 1987م. وهذه الطبعة هي التي أوثق منها أحاديث صحيح البخاري.

يقرأ سنتكم بالرفع ويحتمل أن يقرأ بالنصب على حذف فعل أي الزموا.[1](سننتكم) أي عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة[2].

- قول البخاري في صحيحه باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة).

قال ابن المنير[3]، وغيره: مقصوده بهذه الترجمة اثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ[4].

(وسننتهم . .) طريقتهم الثابتة على حسب مقاصدهم وعاداتهم المشهورة لديهم والمراد إثبات الاعتماد على العرف والعادة[5].

*وأما في المذاهب فيرجع القول بحجية العرف إلى جمهور الحنفية[6]، والمالكية[7]، والشافعية[8] ،

---

[1] –فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، ج4،ص406، دار المعرفة – بيروت ، 1379هـ. وصله سعيد بن منصور من طريق بن سيرين ،فتح الباري، ج4،ص406.

[2] – الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري،ج2، ص768، دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت، الطبعة الثالثة ، 1407هـ– 1987م، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا.

[3] – الإمام العلامة ناصر الدين ابن المنيّر، المتوفى سنة 683 هـ رحمه الله، له المتواري على أبواب البخاري. المتواري على أبواب البخاري، ناصر الدين ابن المنيّر، ص1.

[4] – فتح الباري، ابن حجر، ج4،ص406. المتواري على أبواب البخاري، ناصر الدين ابن المنيّر،ص144.

[5] – الجامع الصحيح، البخاري ج2، ص768، تحقيق: البغا.

[6] – الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص93. المبسوط ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ،ج13، ص14، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ –2000م، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس.

[7] – شرح تنقيح الفصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي،ج2،ص194،(دراسة وتحقيق)،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية، إعداد الطالب: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي، إشراف: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور حمزة بن حسين الفعر. الموافقات، الشاطبي،ج2، ص575. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، ج4، ص 288، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003م– 1424هـ.

[8] – الأشباه والنظائر، السيوطي، ص90، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ. فتح الباري، ابن حجر، ج4،ص406.

والحنابلة[1]، ومن ينظر في كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يجد عبارات تدل على اعتبار العرف وأنه حجة في استنباط الأحكام.

- ففي المذهب الحنفي نجد مثلاً: في الأشباه والنظائر: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"[2] . وغيرها من النصوص.
- وفي المذهب المالكي الذي يعد مع المذهب الحنفي من أوسع المذاهب في الأخذ بالعرف في بناء الأحكام. نجد مثلاً: الإمام ابن العربي[3] يقول: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام"[4]، ويقول القرافي[5]:" يُنْقل عن مذهبنا- أي المالكية- أن من خواصِّه اعتبار العوائد، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، وليس كذلك. أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرِّحون بذلك فيها"[6].

---

[1] - مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، ج21،ص41، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1426 هـ - 2005 م، المحقق: أنور الباز و عامر الجزار. شرح الكوكب المنير، ابن النجار،ج4، ص448.

[2] - الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، لابْنِ نُجَيْمٍ،ص93.

[3] - محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد الإمام أبو بكر بن العربي المعافري الأندلسي، الحافظ أحد الأعلام، ولد في شعبان سنة ثمان وستين وأربعمائة، مات في ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة. صنف أحكام القرآن، وشرح الموطأ، وشرح الترمذي، وغير ذلك. طبقات المفسرين، السيوطي، ص90.

[4] -أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي،ج4، ص288.

[5] - أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية. والقرافي نسب إلى القرافة محلة مجاورة لقبر الأمام الشافعي بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة (ت 684هـ). له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: أنوار البروق في أنواء الفروق، والاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام وتصرف القاضي والإمام، والذخيرة. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ج51، ص176، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ - 1987م، الطبعة الأولى، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري. الأعلام، الزركلي، ج1، ص94.

[6] - شرح تنقيح الفصول، القرافي، ج2،ص194.

- وفي المذهب الشافعي نجد مثلاً: في الاشباه والنظائر: "اعلم أن اعتبار العادة و العرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة"[1]. وقد غيَّر الشافعي فتاواه المبنية على العرف لما انتقل من العراق إلى مصر لتغير أعراف الناس.[2]

- وفي المذهب الحنبلي نجد مثلاً: في شرح الكوكب المنير: "من أدلة الفقه أيضا تحكيم العادة وهو معنى قول الفقهاء "إن العادة محكمة" أي معمول بها شرعا"[3].وعقد ابن القيم في إعلام الموقعين فصلاً في: تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأحوال والنيات والعوائد، وذكر أمثلة كثيرة لذلك[4].

فهذه النقول تبرهن على أن العرف معتبر عند الأصوليين من أتباع المذاهب الأربعة.

وبناء على ذلك اشتهر عند الفقهاء مجموعة من القواعد الفقهية التي تبنى على العرف أذكر منها[5]:

1. الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حَكَماً لإثبات حكم شرعي.
2. الْمُمْتَنِعُ عَادَةً كَالْمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً. يعني أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني السلعة الفلانية.
3. لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ. إن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة؛ لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام، بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبن على العرف والعادة فإنها لا تتغير.

---

[1] – الأشباه والنظائر، السيوطي، ص90.

[2] – بحث بعنوان: (تغير الأحكام بتغير الأزمان)، أ.د حسين الترتوري، ص 8 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد59، سنة2003م.

[3] – شرح الكوكب المنير، ابن النجار،ج4،ص448.

[4] – إعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص3.

[5] – مجلة الأحكام العدلية، من المادة(36) إلى المادة(45)، ص20–21. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج1، ص40–47.

4. الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ. يعني لو وكلت إنساناً بشراء طعام وليمة لا يشتري إلا الطعام المعتاد في مثلها لا كل ما يؤكل.

5. إنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ. هذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي أن لا تتخلف أو غالبة أي إن تخلفت أحياناً فإنها لا تتخلف على الأكثر، لذلك لا يلزم أن يكون جهاز العرس إلا على العادة الغالبة فلو جهزت عروس بأكثر من العادة الغالبة لا يعتبر ولا يقاس عليه.

6. الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ. الشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم، مثال ذلك: يحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة؛ لأنه هو السن الشائع للبلوغ وإن كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر فلا ينظر إليه.

7. الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا. مثال ذلك: إذا اشترى شخص من آخر شيئاً بعشرة دنانير ولم يعين نوع الدينار يرجع إلى النوع المتعارف في تلك البلدة كَأَنْ يكون المتعارف الدينار الأردني مثلا فيعتبر هو الذي وقع عليه العقد كما لو ذكر.

8. الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ . هي المادة السابقة نفسها.

9. التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ. مثال ذلك: لو أعار شخص آخر دابة إعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف، فلو حملها حديداً أو سلك بها طريقاً وعراً وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن.

أدلة حجية العرف:

ذكر الأصوليون مجموعة من الأدلة تدل على اعتبار العرف، وأنه حجة منها:

أولا: الكتاب.

1. قوله تعالى:(خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)[1].

وجه الاستدلال: إن الله أمر رسوله ﷺ بالعرف، فدل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة. وممن استدل بهذه الآية الإمام القرافي في حجية العرف حيث يقول بعد ذكر هذه الآية: (فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية)[2]. وهو أشهر الأدلة من الكتاب.[3]

اعترض على هذا الاستدلال بأنه ضعيف، ولا يصح الاحتجاج به، من عدة أوجه:[4]

أ- إن الآية نزلت بمكة في بداية الدعوة حيث كان الاهتمام بإرساء قواعد الشريعة وإقرار التوحيد، ولم يكن فروع عملية يطبق عليها أحكام العرف، وإنما وردت الآية في الحث على مكارم الأخلاق.

ب- العرف في الآية هو المعروف، وهو ما عرف حسنه، ووجب فعله، وهو كل ما أمرت به الشريعة.

ت- لو كان المراد في الآية أعراف الناس وعاداتهم لكان أمراً باعتبار الجاهلية وأعرافها، ولا قائل بذلك.

ث- إن سياق الآية مع ما قبلها، ولحاقها مع ما بعدها لا يلائمه تفسير العرف بأنه ما جرى بين الناس من عادات وأعراف، في أقوالهم ومعاملاتهم.

---

[1] - سورة الأعراف، آية199.

[2] - الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ج3، ص276، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1998م، تحقيق : خليل المنصور.

[3] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة ص23. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص182-183. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد،ص67.

[4] - أثر العرف في التشريع الإسلامي، السيد صالح عوض، ص168، دار الكتاب الجامعي، القاهرة. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص183. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص68.

ورد على هذه الاعتراضات: بأن المعاني التي ذكرت للآية من أفعال الخير ونحوها إن احتملتها، فإنه لا يمنع أن تحتمل غيره مما ذكره الفقهاء.[1]

وعلى كل: فإن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الأمر المستحسن المألوف، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي، وهذا المعنى الفقهي وإن لم يكن مراداً من الآية لكنه قد يستأنس به في تأييد المعنى الاصطلاحي.[2]

2. قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا...)[3]. وجه الاستدلال: أوجب الله على الآباء النفقة والكسوة، على الوجه المستحسن شرعًا وعرفًا؛ اعتباراً بحال الزوجين في اليسار والاعسار، كما صرح بذلك غير واحد من المفسرين منهم الجصاص[4]، والطبري[5].

3. قوله تعالى: (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)[6]. وجه الاستدلال: الآية تقرر ما للمرأة من حق فيما إذا طلقت قبل المسيس، وقبل فرض المهر لها، حيث أوجبت

---

[1] – أثر العرف في التشريع الإسلامي، السيد صالح، ص168–171.

[2] – المدخل الفقهي العام الزرقا، ج1، ص111. أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي،ج2،ص830–831. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة، عادل قوته ،ج1، ص186. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص72.

[3] – سورة البقرة، آية 233.

[4] – أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي،ج2،ص105، دار احياء التراث العربى، بيروت ،1405 هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوى. والجصاص: هو أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص(305 – 370 هـ)، فاضل من أهل الري، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة الحنفية، وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع، وألف كتاب أحكام القرآن ،وكتابا في أصول الفقه. سير أعلام النبلاء، الذهبي، ج16، ص340. الأعلام، الزركلي، ج1،ص171.

[5] – جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، أبو جعفر الطبري، ج5،ص44، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ، 1420 هـ – 2000 م، تحقيق: أحمد محمد شاكر. والطبري هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري أبو جعفر: الإمام، المجتهد، عالم العصر، صاحب التصانيف البديعة، مولده: سنة أربع وعشرين ومائتين، وطلب العلم بعد الأربعين ومائتين، وأكثر الترحال، ولقي نبلاء الرجال، وكان من أفراد الدهر علما، وذكاء، وكثرة تصانيف، ومات سنة310 هـ، له أخبار الرسل والملوك، وجامع البيان في تفسير القرآن. سير أعلام النبلاء، الذهبي، ج14، ص267. الأعلام، الزركلي، ج6، ص69.

[6] – سورة البقرة، آية 236.

لها المتعة، وأناط تقديرها إلى اجتهاد القاضي حسب ما يراه من حال الزوج غنى وفقراً، وذلك حسب العرف.[1]

4. قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[2]. وقوله تعالى (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[3]. وجه الاستدلال: أرشد الله الزوجين إلى حسن المعاشرة وأداء الحقوق المترتبة على بعضهم البعض بالمعروف المعتاد الذي يرتضيه العقل والقلب، وكل ذلك يتغير باختلاف المناطق وأحوال الناس حسب العرف والعادة.[4]

5. قوله تعالى: (وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللّهِ حَسِيباً)[5]. وجه الاستدلال: مَن كان صاحب مال منكم فليستعفف بغناه، ولا يأخذ من مال اليتيم شيئًا، ومن كان فقيرًا فليأخذ بالمعروف وهو ما تعارفه الناس، فدل هذا على اعتبار العرف.[6]

6. قوله تعالى: (لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُواْ أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[7].وجه

---

[1] – أحكام القرآن، الجصاص،ج2،ص 143. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، ج1،ص152، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 هـ – 1995 مـ.

[2] – سورة البقرة، آية 228.

[3] – سورة النساء، آية19.

[4] – القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف،ج1، ص302 ،عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ–2003م. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص79.

[5] – سورة النساء، آية6.

[6] –فتح الباري، ابن حجر، ج4، ص407.

[7] – سورة المائدة، آية 89.

الاستدلال: قال ابن تيمية: الراجح في هذا أن يرجع فيه إلى العرف، بعد أن نقل الخلاف في كون ذلك مقدراً بالشرع أو العرف.[1]

7. قوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِن قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ الظَّهِيرَةِ وَمِن بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاء ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ)[2].وجه الاستدلال: أدب الله عز وجل عباده في هذه الآية بأن يستأذن العبيد، والأطفال الذين لم يبلغوا الحلم على أهليهم في هذه الأوقات الثلاثة، وهي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف فيها والتعري.[3]

ثانيا: السنة.

1. عن عبد الله بن مسعود –رضى الله عنه– قال : (إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ)[4].[5]

---

[1] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية،ج26،ص113-114.

[2] – سورة النور، آية 58.

[3] –الجامع لأحكام القرآن، القرطبي،ج12،ص304.

[4] – مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ،ج1،ص379، رقمه3600، مؤسسة قرطبة، القاهرة، تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن.

[5] – وبهذا اللفظ ورد في مجمع الزوائد ، وقال: " رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير ورجاله موثقون". مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي،ج1،ص217، بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر، طبعة دار الفكر، بيروت، 1412 هـ- 1992م.

لفظ الحديث كما في المستدرك: (عن عبد الله قال : ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن و ما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيىء و قد رأى الصحابة جميعاً أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه). المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري،ج3،ص83، رقمه: 4465، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411 هـ- 1990م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. وقال الحاكم: (هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه)، تعليق الذهبي عليه في التلخيص: صحيح.

وجه الاستدلال: إن ما اعتاده المسلمون وعرفوه واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول، أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن مقبول ومعتد به شرعاً.[1]

اعترض على هذا الدليل من وجهين:

أ- أنه لم يثبت رفعه[2] إلى النبي ﷺ وإنما ثبت وقفه[3] على ابن مسعود، قال العلائي[4] : "ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا سند ضعيف بعد طول البحث، وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوف عليه".[5]

ذكر له الزيلعي[6] في نصب الراية ثلاث طرق وهذا ما قاله:(قلت: غريب مرفوع، ولم أجده إلا موقوفا

---

[1] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة ص24. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص190-191. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد،ص76. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص27.

[2] - الحديث المرفوع: ما أضيف إلى رسول الله - ﷺ - خاصة، ولا يقع مطلقه على غير ذلك، نحو الموقوف على الصحابة وغيرهم. علوم الحديث، لابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشَّهْرُزُوْرِيُّ، ص45، دار الفكر المعاصر، 1425هـ - 2004م.

[3] - الحديث الموقوف: هو ما يروى عن الصحابة رضي الله عنهم من أقوالهم أو أفعالهم ونحوها، فيوقف عليهم، ولا يتجاوز به إلى رسول الله - ﷺ - . علوم الحديث، ابن الصلاح، ص46.

[4] -الإمام الحافظ صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي العلائي الدمشقي الشافعي، كان إماماً حافظاً رحالاً عارفاً بمذهبه، سمع بالشام ومصر والحجاز، وتقدم في علم الحديث، مولده بدمشق في سنة694هـ، ورحل رحلة طويلة، ثم أقام في القدس مدرساً في الصلاحية سنة 731 هـ فتوفي فيها سنة761 هـ، من كتبه المجموع المذهب في قواعد المذهب، وكتاب الأربعين في أعمال المتقين، والوشي المعلم في الحديث، و كشف النقاب عما روى الشيخان للأصحاب. طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة،ج3، ص91. الأعلام، الزركلي،ج2،ص321.

[5] - الأشباه والنظائر، السيوطي،ص89. الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص93.

[6] - عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، أبو محمد، جمال الدين، فقيه، عالم بالحديث، أصله من الزيلع (في الصومال) ووفاته في القاهرة سنة 762 هـ ، من كتبه " نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية"، و " تخريج أحاديث الكشاف ". لحظ الألحاظ بذيل طبقات الحفاظ، أبو الفضل محمد بن محمد بن محمد ابن فهد الهاشمي المكي، ص88، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م. الاعلام، الزركلي، ج4، ص147.

على ابن مسعود، وله طرق)ثم ذكرها[1]. وزاد ابن حزم[2] طريقا رابعة في الإحكام وكلها موقوفة على ابن مسعود.[3]

ولكنه في الحقيقة قد ورد مرفوعاً من طريق أنس بن مالك رضي الله عنه كما رواه الخطيب البغدادي[4] في تاريخه[5]، إلا أن إسناده ساقط إذ فيه سليمان بن عمرو النخعي[6] وهو كذّاب، يضع الحديث[7].

إن الحديث وإن كان موقوفاً على ابن مسعود، إلا أنه له حكم المرفوع، لأنه لا مدخل فيه للرأي.[8]

---

[1] – نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، ج4،ص133، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ–1997م، المحقق: محمد عوامة.

[2] – علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الاسلام، توفي 456 هـ . وكان يقال: لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان. من مصنفاته " الفصل في الملل والاهواء والنحل" و " الإحكام في أصول الأحكام ". سير أعلام النبلاء، الذهبي،ج18، ص184. الأعلام، الزركلي، ج4، ص254.

[3] – الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد، ج6،ص194، دار الحديث – القاهرة، الطبعة الأولى ، 1404هـ.

[4] – أحمد بن علي بن ثابت البغدادي، أبو بكر، المعروف بالخطيب، أحد الحفاظ المؤرخين المقدمين. مولده في (غزية) سنة 392 وتوفي 463 هـ. من مصنفاته تاريخ بغداد، الكفاية في علم الرواية، الفوائد المنتخبة. وفيات الأعيان، ابن خلكان،ج1، ص92. سير أعلام النبلاء الذهبي،ج18، ص270. الاعلام، الزركلي، ج1، ص172.

[5] – تاريخ بغداد، أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي،ج4،ص165، دار الكتب العلمية – بيروت.

[6] – سليمان بن عمرو بن عبد الله بن وهب أبو داود النخعي الكوفي نسب إلى الكذب والوضع. الكامل في ضعفاء الرجال، أبو أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني، ج3، ص245. لسان الميزان، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،ج3، ص97، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1406 – 1986، تحقيق: دائرة المعرف النظامية – الهند. الضعفاء والمتروكين، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، ص120، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ – 1985م، المحقق : بوران الضناوي و كمال يوسف الحوت.

[7] – ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، ج2،ص217،تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي، ج9، ص20–21. الضعفاء والمتروكين للنسائي، ص120.

[8] – شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، ص125، دار القلم. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة ص25. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص191. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص76.

ب- على فرض أنه في حكم المرفوع فإن دلالته على المطلوب لم تتم لورود الاحتمالات التالية[1]:

1) إن المراد بالمسلمين في الحديث هم: أهل الاجتهاد، لا جميع المسلمين الشامل للعوام. بدليل كلمة (ما رآه) فهي كما يقول ابن القيم: من الرأي بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الإمارات.[2]

فيكون معنى الحديث: ما رآه أهل الاجتهاد حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح.

2) إن الألف واللام في كلمة (المسلمون) للعموم، فيكون المعنى ما رآه جميع المسلمين، وليس المراد به ما تعارفه الناس، وحينئذ يكون الحديث وارداً في الإجماع ودالاً عليه. قال الآمدي[3]: (إن قوله ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن إشارة إلى إجماع المسلمين والإجماع حجة ولا يكون الا عن دليل)[4].

3) إن اللام في كلمة (المسلمون) للعهد، والمعهود هم الصحابة ويدل على ذلك ما جاء في آخر رواية الحاكم(..... و قد رأى الصحابة جميعاً أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه)[5].

وعليه فلا ينهض دليلاً على حجية العرف واعتباره.

2. عن عائشة، رضي الله عنها، قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ: (إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا قال خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف)[6]. وجه

---

[1] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سِنّة، ص25-26. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص191-193. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد،ص76-79. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص28.

[2] – إعلام الموقعين، ابن القيم ،ج1، ص66.

[3] – علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبو الحسن، سيف الدين الآمدي الحنبلي ثم الشافعي، أصولي، أصله من آمد ولد بها سنة 551 هـ ، وتعلم في بغداد والشام، وتوفي بدمشق 631 هـ، له نحو عشرين مصنفاً، منها: الإحكام في أصول الأحكام، ومختصره منتهى السول، ودقائق الحقائق. سير أعلام النبلاء، الذهبي،ج22، ص364. وفيات الأعيان، ابن خلكان،ج3، ص293. الأعلام، الزركلي، ج4، ص332.

[4] –الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي أبو الحسن، ج4، ص165، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى ، 1404هـ، تحقيق : د. سيد الجميلي.

[5] – سبق تخريجه، ص22.

[6] – الجامع الصحيح البخاري ج3، ص103، رقمه: 2211. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، ج5، ص129، رقمه: 4574، دار الجيل، بيروت، ودار الأفاق الجديدة، بيروت.

الاستدلال: في هذا الحديث دلالة على اعتبار العرف وتقدير النفقة به، إذا لم يرد في التقدير نص شرعي.[1]

3. قوله ﷺ لحمنة بنت جحش: (...إِنَّمَا هَذِهِ رَكْضَةٌ من رَكَضَاتِ الشَّيْطَانِ فَتَحَيَّضِى سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعَةَ أَيَّامٍ فِى عِلْمِ اللَّهِ ثُمَّ اغْتَسِلِى حَتَّى إِذَا رَأَيْتِ أَنَّكِ قَدْ طَهُرْتِ وَاسْتَنْقَأْتِ فَصَلِّى ثَلاَثًا وَعِشْرِينَ لَيْلَةً أَوْ أَرْبَعًا وَعِشْرِينَ لَيْلَةً وَأَيَّامَهَا وَصُومِى فَإِنَّ ذَلِكَ يُجْزِئُكِ وَكَذَلِكَ فَافْعَلِى فِى كُلِّ شَهْرٍ كَمَا تَحِيضُ النِّسَاءُ وَكَمَا يَطْهُرْنَ مِيقَاتَ حَيْضِهِنَّ وَطُهْرِهِنَّ...)[2]. وجه الاستدلال: الحديث واضح الدلالة على اعتبار العادة فيما لا تحديد فيه فقد أحالها رسول الله ﷺ في تحديد ذلك على عادة النساء.[3]

4. قوله ﷺ: (الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ)[4]. وجه الاستدلال: إن أهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، وأهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزع فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وذلك فيما يتقدر شرعاً. قوله: وذلك فيما يتقدر شرعاً أي أنه ليس المراد حمل الناس في معاملاتهم على وزن أهل مكة، ومكيال أهل المدينة بل إن هذا في

---

[1] – المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، ج12، ص8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية ، 1392. فتح الباري، ابن حجر ج5، ص509 وكذلك ج4،ص407.

[2] – الجامع الصحيح، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي،ج1، ص221، رقمه: 128، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، وقال الشيخ الألباني: حسن. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ج1، ص116، رقمه: 287، دار الكتاب العربي، بيروت. سنن ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ج1، ص397، مكتبة أبي المعاطي.

[3] –نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج1، ص269،مكتبة دار التراث، القاهرة. معالم السنن [وهو شرح سنن أبي داود]، أبو سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي،ج1،ص89، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، 1351 هـ - 1932 م.

[4] – سنن أبي داود، ج3، ص251، رقمه: 3342. المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي،ج5، ص54، رقمه: 2520، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ – 1986م، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، قال الشيخ الألباني: صحيح. وقال أيمن صالح شعبان: إسناده صحيح، وقد صححه ابن حبان انظر كتاب جامع الأصول، ابن الأثير، ص441.

الزكاة والكفارات ونحوها، أما في المعاملات فإنهما يحملان على عرف البلد وعادة الناس في المكان الذي هو به.[1]

5. عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلاَنِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ)[2]. وجه الاستدلال: التفريق لم يرد به صفة معينة في الشارع، وإنما يرجع في بيانه إلى أعراف الناس وعاداتهم، فما يعتبر عندهم تفريقاً فهو تفريق يلزم به البيع وينتهي به خيار المجلس.[3]

6. حديث: (مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهْيَ لَهُ)[4].

رواية البخاري: عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: (مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهْوَ أَحَقُّ)[5]. وجه الاستدلال: لم يبين في الحديث كيفية الإحياء، فدل ذلك على أن مرده للعرف والعادة فيما يعتبر إحياء.[6]

---

[1] – معالم السنن، الخطابي، ج3، ص61. القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، ج1،ص306. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص197– 198. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد،ص88–89.

[2] – الجامع الصحيح، البخاري ج3، ص84، رقمه: 2112. الجامع الصحيح، مسلم،ج5،ص10، رقمه: 3934.

[3] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج5، ص185.

[4] – مسند أحمد، ج3،ص381، رقمه:15123. تعليق شعيب الأرنؤوط على مسند أحمد: حديث صحيح وهذا إسناد حسن من أجل عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع. سنن أبي داود، ج3، ص143، رقمه: 3076.

[5] – الجامع الصحيح، البخاري، ج3، ص140، رقمه: 2335.

[6] – الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، ج4،ص41، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ، 1393ه .المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد،ج6، ص 197، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405ه.

المطلب الثاني: شرائط اعتبار العرف.

اشترط الفقهاء عدة شروط للعمل بالعرف وهي:

الشرط الأول : أن يكون العرف مطرداً وغالباً:

المقصود بالاطراد هنا: أن يكون العرف مستمراً بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث. وأما المراد بغلبة العرف: أن يكون العمل بالعرف كثيراً وشائعاً، ولا يتخلف إلا قليلاً، ذلك أن الاطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعاً بوجوده. والتخلف لا يقدح في العمل بالعرف، لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر، سواء أكان عرفاً عملياً أو قولياً.

وبهذا الشرط يخرج العرف المشترك – وهو ما تساوى العمل به وتركه – من الاعتبار، فلا يصلح أن يكون مستنداً أو دليلاً يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة.

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً، فإن عموم العرف غير اطراده.[1]

الشرط الثاني: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف: وذلك بأن يكون العرف سابقاً للتصرف عند إنشائه؛ لأن كل من يقوم بتصرف – سواء كان قولياً أو فعلياً– إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف؛ ليصح الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف.

فلو وقف شخص غلة عقاره على طلبة العلم، وكان العرف القائم وقت إنشاء الوقف يصرف على طلبة العلم الديني، فإن غلة الوقف تصرف على طلبة العلم الديني دون غيرهم، وإن كان العرف الطارئ يشمل غيرهم.[2]

---

[1] – الأشباه والنظائر، ابن نجيم ، ص94–95. الأشباه والنظائر، السيوطي، ص92.المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص870. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح ص189–196. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1،ص232–239. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد،ص96–100. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص111. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص57–58. الوجيز عبد الكريم زيدان، ص256.

[2] – الأشباه والنظائر، ابن نجيم ، ص101. الفروق، القرافي، ج1، ص320. الأشباه والنظائر، السيوطي، ص96. المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص871–874. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص225. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1،ص239. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص100. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص112. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص59. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص256. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص39.

الشرط الثالث: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه:

إذا تم التعاقد بين فريقين مع سكوتهما على العرف القائم في المعاملة القائمة بينهما، لزم كل منهما مقتضاه وهذا الالزام من قبيل الدلالة، ومن هذا قول الفقهاء: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[1]، (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي)[2].

أما إذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف؛ لأن من القواعد الفقهية أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح[3].

جاء في درر الحكام: (إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين كما لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك بل يتبع المدة المعينة بينهما)[4].[5]

الشرط الرابع: ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعي:

يشترط في العرف المعتبر شرعاً: ألا يخالف النصوص الشرعية، بمعنى أن لا يكون ما تعارف

---

[1] – مجلة الأحكام العدلية، (الْمَادَّةُ 43)، ص21.

[2] –درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج1، ص46، شرح المادة 43.

[3] – مجلة الأحكام العدلية (الْمَادَّةُ 13)، ص17.

[4] – درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج1، ص42، شرح المادة 37.

[5] – قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، ج2، ص158، دار المعارف، بيروت، لبنان، المحقق: محمود بن التلاميد الشنقيطي. المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص874. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص223. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته، ج1،ص241. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص103. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص113. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص59. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص257. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص36.

عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، وإلا فلا اعتبار للعرف، كتعارف الناس شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك.[1]

ولا يخلو مخالفة العرف للنص من حالتين: الحالة الأولى: إذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه، والحالة الثانية: إذا خالف العرف النص في بعض الوجوه، كما سيأتي شرح ذلك لاحقاً.

---

[1] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص 116.المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص876. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص205. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1،ص242. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص104. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص114. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص59. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص256. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص32.

المبحث الثالث: تقسيمات العرف. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العرف باعتبار من يصدر عنه.

المطلب الثاني: أقسام العرف باعتبار سببه.

المطلب الثالث: أقسام العرف باعتبار شيوعه.

المطلب الرابع: أقسام العرف باعتبار وقوعه في الحياة.

المطلب الخامس: أقسام العرف باعتبار موافقته ومخالفته للشرع.

المطلب الأول: أقسام العرف باعتبار من يصدر عنه.

أولا: عرف الشارع: وهو العرف الذي أطلقه الشارع مريداً منه معنى خاصاً خلاف معناه الموضوع له لغة، كألفاظ الصلاة والحج والزكاة والوقف. فالصلاة نقلت عن الدعاء لغة إلى العبادة المخصوصة شرعاً، والحج نقل من القصد إلى شيء في اللغة إلى زيارة الكعبة وأداء نسك معلومة في أشهر معلومة، وهكذا.[1]

ثانيا: عرف الناس: ويراد به العادات التي أنشأها الناس وألفوها من جهة العقول وتلقتها طباعهم السليمة بالقبول من قول أو فعل، كإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع خاصة، وإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وما إلى ذلك. وهذا النوع هو الذي ينقسم بحسب سببه إلى عرف قولي وآخر عملي.[2]

[1] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص114. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد ابو سنة، ص20. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص118. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص20.

[2] – مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص120.

المطلب الثاني: أقسام العرف باعتبار سببه.

أولا: العرف القولي(اللفظي): وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى ، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى، كالدرهم على النقد الغالب[1]. وإذا أطلق الدينار في بلادنا انصرف إلى الأردني دون العراقي والكويتي.

ومثال ذلك: إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مع أنها في اللغة لكل ما يدب.

وينقسم من حيث ذاته إلى:

1. عرف قولي في المفردات–ويراد به ما يقابل الجمل–، مثال ذلك: إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مع أنها في اللغة لكل ما يدب.
2. عرف قولي في المركبات– ويراد به الجمل– ومثال ذلك: أن يقول الوالي لشخص (قلدت العمل الفلاني)، وفيه رجل آخر: فإن كان مما لا يصح فيه الاشتراك كان تقليده الثاني عزلاً للأول، وإن كان مما يصح فيه الاشتراك روعي العرف الجاري فيه، ولم يكن تقليد الثاني عزلاً للأول وكانا عاملين عليه وناظرين فيه)[2].[3]

ثانيا: العرف العملي: وهو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في أفعالهم العادية، ومعاملاتهم المدنية.

وهو نوعان:

---

[1] – التقرير والتحبير، ابن أمير الحاج ، ج1،ص 350.

[2] – الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، ص249، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1421 هـ – 2000م، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي.

[3] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص842. العادة والعرف في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص18. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص121. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته، ج1، ص253. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص52. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص121. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص54. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص252. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص14.

أ- أفعال عادية: أعمال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية، مما لا يقوم على تبادل المصالح وانشاء الحقوق، كالأكل والشرب واللبس ونحو ذلك. ومثال ذلك: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل.[1]

ب- معاملات مدنية: التصرفات التي يقصد منها انشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء كانت عقوداً أم غيرها ، كالنكاح والبيع والغصب. ومثال ذلك: تعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين ، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق.[2]

المطلب الثالث: أقسام العرف باعتبار شيوعه.

أولا: العرف العام: هو ما تعارف عليه أكثر الناس في جميع البلدان على مختلف العصور.[3]

ومثال ذلك: تعارف الناس على الاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم مكان من التعامل به، وقد أصبح جارياً في جميع الحالات حتى استصناع المعامل بأكملها والأبنية وغيرها. و تعارف الناس اليوم على تأجيل جانب من مهور النساء. وهذا عرف عام عملي.

ومثال ذلك أيضا: إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مع أنها في اللغة لكل ما يدب. وهذا عرف عام قولي.[4]

---

[1] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص844. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص17.

[2] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص114. المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص844.العادة والعرف في رأي الفقهاء، أحمد أبوسنة، ص19. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص126. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص258. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص55. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص123.الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص55. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص252. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص17.

[3] – أصول الفقه، محمد شلبي، ص327. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص18.

[4] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص845.العادة والعرف في رأي الفقهاء، أحمد ابوسنة، ص19. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص131. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص261. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص123.الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص253. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص18.

ثانيا: العرف الخاص: هو ما ساد في بلد من البلدان، أو لدى طائفة من الناس.

وهذا العرف الخاص متنوع كثير، متجدد لا تحصى صوره، ولا تقف عند حد، لأنّ مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبداً.

ومثال ذلك: الألفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو عرف التخاطب، أو في عرف طائفة خاصة، ومن ذلك اصطلاح الرفع عند النحاة. وكتعارف التجار على إثبات الديون التي تكون لهم أو عليهم في دفاتر خاصة.[1]

المطلب الرابع: أقسام العرف باعتبار وقوعه في الحياة.

أولا: العرف الثابت: هو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال، ومن العرف الثابت العرف الشرعي: وهو ما كلف به الشرع وأمر به أو نهى عنه أو أذن فيه.[2]

وجدير بالذكر أن العرف الشرعي ثابت ومستقر لا يتغير ولا يتحول، أما عرف الناس فمنه ما هو ثابت، ومنه ما هو متغير.[3]

ومن أمثلة عرف الناس الثابت – وهو ما استقر عليه العمل في جميع الأعصار من أقوال أو أفعال– عدم اطلاق لفظ بيت على المساجد مع أنها بيوت الله تعالى، وإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى. ويعرف العرف الثابت بالاستقراء[4] والتتبع.[5]

---

[1] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص846.العادة والعرف في رأي الفقهاء، أحمد أبوسنة، ص19. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص140. العُرف حجيّته و أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، عادل قوته ،ج1، ص261. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص54. مفهوم العرف، حسنين ص124.الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص253. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص17.

[2] – الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56.

[3] – مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص127.

[4] – الاستقراء، تتبع الجزئيات كلها أو بعضها للوصول إلى حكم عام يشملها جميعاً. ضوابط المعرفة، عبد الرحمن حبنكة، ص188.

[5] – مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص127.

ثانيا: العرف المتبدل: هو الذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال سواء أكان العرف قولاً أو فعلاً.[1]

فمنه ما يعود إلى اعتبار البقاع، والبيئات من حسن شيء أو قبحه، فيكون في مكان حسناً، وفي مكان آخر قبيحاً، مثل كشف الرأس فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية[2]. وهذا في الأفعال.

ومثاله في الأقوال ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتتصرف العبارة من معنى لآخر بحسب المكان، كاستعمال لفظ " العيش" في الخبز في مصر، واستعماله في الأرز في بلاد الخليج العربي.[3]

المطلب الخامس: أقسام العرف باعتبار موافقة الشرع ومخالفته.

يقسم العرف من حيث موافقة الشرع ومخالفته إلى: عرف صحيح، وعرف فاسد.

أولا: العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس وليس فيه مخالفة لنص شرعي، ولا تفويت لمصلحة، ولا جلب لمفسدة. كتعارفهم أن المهر معجل ومؤجل، وكتعارفهم تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته وعدم اعتبارها من المهر، ونحو ذلك.[4]

ثانيا: العرف الفاسد: ما كان مخالفاً لنص الشارع، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة. كتعارفهم على بعض العقود الربوية واعتيادهم الميسر، ونحو ذلك.[5]

---

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص127.

[2] – الموافقات، الشاطبي، ج2، ص489.

[3] – مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص128.

[4] – الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص253. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص126. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص21.

[5] – الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص253. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج30، ص56. مفهوم العرف، حسنين حسنين، ص126. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص22.

المبحث الرابع: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعارض العرف مع النصوص الشرعية.

المطلب الثاني: تعارض العرف مع اللغة.

المطلب الأول: تعارض العرف مع النصوص الشرعية.

معارضة العرف للنصوص الشرعية قسمان هما:

القسم الأول : معارضة العرف للنص الشرعي من جميع الوجوه.

حينئذ يعمل بالنص، ولا اعتبار للعرف ويحكم على العرف بالبطلان؛ لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان العرف عاماً أو خاصاً.

ومثال ذلك: تعارف الناس شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك.[1]

وحكم ببطلان العرف هنا لما يأتي:[2]

1. إن العرف يمكن أن يبنى على أمر باطل، كتعارف الناس شرب الخمر، أو التعامل بالربا، فهذا دليل على تحريمها لمخلفتها للنصوص، وأما النص فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون باطلاً بل هو حق، لأنه تنزيل من رب العالمين.
2. إن العرف ليس حجة بذاته وإنما اكتسب حجيته من النصوص، فهو محتاج إليها فتقدم عليه.
3. أن النص الشرعي ملزم للجميع في جميع الأزمنة والأمكنة من تعارفه ومن لم يتعارفه، وأما العرف فلا يكون حجة وملزماً إلا على من تعارفه، وما كان ملزماً على الجميع أقوى مما لم يكن ملزماً إلا على البعض.[3]

---

[1] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص 116. فتح الباري، ابن حجر ج9، ص510. الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص93.

[2] – أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص207. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص105. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص36.

[3] – أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص207. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص33.

القسم الثاني: معارضة العرف للنص الشرعي من بعض الوجوه.

وهنا العرف يمكن أن يكون خاصاً أو عاماً:

أولا : أن يكون العرف خاصاً.

إذا كان العرف خاصاً فلا عبرة بمخالفته للنص، لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق، وهذا الراجح من المذهب الحنفي[1].وخالف ذلك بعض الحنفية وهم: مشايخ بلخ[2] وخوارزم[3] وأبو علي النسفي[4] فقالوا: إن النص العام يخصص بالعرف الخاص.[5]

وأما المذهب المالكي: فهم لا يصرحون بالتمييز بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً[6]، وبالتالي عدم تفريقهم بين العرف العام والخاص في تخصيص العموم[7].

---

[1] – الاشباه والنظائر، ابن نجيم، ص102–103. نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص116. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص199. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص119. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص39.

[2] – بلخ مدينة مشهورة بخراسان كانت تسمى الإسكندرية قديماً. معجم البلدان، ياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله، ج1، ص497، دار الفكر، بيروت.

[3] – خوارزم من بلاد خرسان، قال جار الله الزمخشري: بخوارزم فضائل لا توجد في غيرها من سائر الأقطار، وخصال محمودة لا تتفق في غيرها من الأمصار. معجم البلدان، ياقوت الحموي، ج2، ص395. آثار البلاد وأخبار العباد، زكريا بن محمد بن محمود القزويني، ج1، ص215.

[4] – الحسن بن خضر بن يوسف الفشيديرجي النسفي (أبو علي)، توفي 428هـ، له الفوائد. معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، ج3، ص222. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص119.

[5] – الاشباه والنظائر، ابن نجيم، ص102–103. نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص116. أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص199. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص119. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص39.

[6] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص893.

[7] – أثر العرف في التشريع الاسلامي، سيد صالح، ص204. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص120. وتقول في كتابها، وقد تأكد هذا الكلام بما ذكره الدكتور أحمد أبو سنة – رحمه الله– في كتابه العرف والعادة وقد أفاض في تحقيق مذهب المالكية وغيرهم فقال، " والمالكية على كثرة استعمالهم للعرف لم أقف لهم على اشتراط العموم فيه، ومعلوم اعتبارهم لعرف المدينة الخاص".

وأما الشافعية: فأصح القولين عندهم أنهم لا يعتبرون العرف الخاص في تخصيص النص[1]. يقول الإمام السيوطي: (العادة المطردة في ناحية، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟ فيه صور منها: لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع، وجهان: أصحهما لا، وقال القفال: نعم.)[2].

ثانيا: أن يكون العرف عاماً.

وهذا إما أن يكون قولياً أو عملياً:

1. العرف القولي: لا خلاف أنه يخصص به النص العام. وهذا في الحقيقة فرع من القاعدة التي تقول: بوجوب حمل اللفظ على معناه الحقيقي مالم تقم قرينة على ارادة المجاز[3]، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية[4]، والحقيقة العرفية مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية[5] التي تصبح هي بالنسبة إلى الحقيقة العرفية مجازاً يحتاج إلى قرينة.

[1] – وهذا خلاف ما ذكره الدكتور سيد صالح– رحمه الله – في كتابه أثر العرف في التشريع الاسلامي، ص202، فقال، إن الشافعية يعتبرون العرف الخاص في تخصيص النص. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص120.

[2] – الأشباه والنظائر، السيوطي، ص96. الفتاوى الكبرى الفقهية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الانصاري، ج4، ص57، دار الفكر.

وأما المذهب الحنبلي، فلم استطع الوقوف على رأيهم بعد البحث والتنقيب عنه.

[3] – المجاز: هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما وقرينة تمنع إرادة المعنى الحقيقي للفظ. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، ج1،ص97، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ–1997م، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص332.

[4] – الحقيقة العرفية: هي اللفظ المستعمل في معناه العرفي سواء كان عرفا عاما كالدابة لذوات الأربع أو خاصا كما لكل طائفة من الاصطلاحات التي تخصهم كالرفع والنصب والجر للنحاة. كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري، ج1، ص97. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص331.

[5] – الحقيقة اللغوية: هو اللفظ المستعمل في معناه اللغوي الموضوع له، كالإنسان المستعمل في الحيوان الناطق. كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري، ج1، ص97. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص331.

مثال ذلك: لفظ البيع والصلاة ونحوها تحمل على معانيها العرفية عند ورود النصوص بها، وإن اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة.[1]

2. العرف العملي: وهو قسمان:

أ- عرف عملي موجود في عهد النبي ﷺ: إذا ورد النص العام ثم اطردت العادة بفعل بعض أفراد المنهي عنه، أو ترك بعض أفراد المأمور به، وقد علمه النبي وعرفه، فهذا يخصص العام، ولكن المخصص في واقع الأمر هو إقرار النبي ﷺ.[2]

- واختلفوا في تخصيص العام بالعرف العملي القائم عند ورود النص العام[3]:

ذهب الحنفية[4] والمالكية[5]: إلى أن العرف العملي يخصص النص العام كالعرف القولي.

---

[1] - المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص888. العادة والعرف في رأي الفقهاء، أحمد ابو سنة، ص91. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص40. التقرير والتحبير، ابن أمير الحاج، ج2، ص261. المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ، تحقيق: خليل الميس. قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي، ج1،ص193، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ-1999م ، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي. النكت والعيون، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ج1، ص39، دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم.

[2] -نهاية السول شرح منهاج الوصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، ج1، ص445، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ- 1999م. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص40.

[3] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبوسنة، ص91، ص 123. المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص889. تخصيص العموم بالعرف، ماهر الحولي، ص13. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام باجنيد، ص112. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص41.

[4] - الاشباه والنظائر، ابن نجيم، ص102-103. نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص116.

[5] - الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، حسن بن محمد المشاط، ص271، دار الغرب الاسلامي، بيروت ، 1411هـ، الطبعة الثانية، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، ج2، ص 142، دار إحياء الكتب العربية.

وذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] والقرافي[3] من المالكية: إلى أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص النص العام.

ومثال ذلك: إذا كان الطعام الغالب في البلد هو الشعير، وقال الشارع: حرمت الربا في الطعام، اقتصرت الحرمة على الطعام الغالب أي الشعير عند الحنفية والمالكية، وأما باقي الفقهاء عمت الحرمة في كل ما يطعم.

ب- عرف عملي حادث وطارئ بعد عهد النبي ﷺ:

إذا كان هذا العرف غير مطرد فمذهب جمهور الفقهاء عدم التخصيص به ، إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها، ولصارت عادات الناس وأفعالهم قاضية على الشرع، فلا يبقى للشرع معنى[4]. وإن كان هذا العرف قد اطرد العمل به حتى أصبح ذلك إجماعاً عملياً، فهو يخصص العام ولكن المخصص في الحقيقة هو الإجماع .[5]

[1] - الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، ج2، ص358- 359.

[2] - المسودة في أصول الفقه، آل تيمية [بدأ بتصنيفها الجدّ، مجد الدين عبد السلام بن تيمية ، وأضاف إليها الأب، عبد الحليم بن تيمية ، ثم أكملها الابن الحفيد، أحمد بن تيمية]، وهذا كلام الجد مجد الدين عبد السلام بن تيمية، ج1، ص123، دار الكتاب العربي، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

[3] - الفروق، القرافي، ج1، ص 318.

[4] - الاشباه والنظائر، ابن نجيم، ص101. مالك، ابو زهرة، ف93، ص250. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد ابوسنة، ص95. المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص894. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص41.

[5] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد ابوسنة، ص95. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص41.

المطلب الثاني: تعارض العرف مع اللغة.

إذا ورد العرف واللغة على محل واحد، فإما أن يتفقا وبالتالي لا إشكال فيحمل عليهما. وإما أن يختلفا بأن يدل العرف على خلاف ما دلت عليه اللغة، ففي القول تفصيل، لأن العرف إما قولي أو عملي. فالكلام في مقامين:[1]

أولا: تعارض العرف القولي مع اللغة.

تعارض العرف القولي مع اللغة، له ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يتعارض العرف مع اللغة، واللغة هي الغالبة.

الحالة الثانية: أن يتعارضا، ولا غلبة لأحدهما على الآخر.

وفي هاتين الحالتين نعمل باللغة، لأنها هي الأصل، والعرف لا يعمل به إلا إذا كان غالباً مطرداً.[2]

الحالة الثالثة: أن يتعارض العرف مع اللغة، والعرف هو الغالب، فالكلام في حالتين:

1. أن تكون الحقيقة اللغوية لا استخدام لها، وإنما المستعمل العرف، فإنه يعمل بمقتضى العرف، ويترك العمل بالحقيقة اللغوية.

ومثال ذلك: يعمل بالعرف، وتترك الحقيقة اللغوية المتعسرة، وذلك بأن لا يمكن الوصول إليها إلا بمشقة. كما لو حلف أن لا يأكل من هذه الشجرة، وكان عين هذه الشجرة لا يؤكل فالحقيقة اللغوية تقتضي بأن لا يحنث إلا بأكله من ذات وعين الشجرة إلا أن ذلك متعسر، فتصرف يمينه إلى الأكل من ثمر هذه الشجرة.[3]

---

[1] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص122. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص41.

[2] – الأشباه النظائر، السيوطي، ص94. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص122. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص42.

[3] – تيسير التحرير، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، ج2، ص78، دار الفكر. العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص42. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص 125-128.

2. أن تكون الحقيقة اللغوية مستعملة، ولكن المجاز العرفي أكثر استعمالا، وهذا يطلق عليه عند الأصوليين ب"تعارض الحقيقة اللغوية المستعملة مع المجاز المتعارف".[1]

وفي هذه الحالة قال الإمام أبو حنيفة: ترجح الحقيقة، وقال الصاحبان: يرجح المجاز.[2]

ثانيا: تعارض العرف العملي مع اللغة.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية والحنابلة: إلى أن العرف العملي يخصص اللغة ويقيدها.[3]

فقد جاء في المذهب الحنفي: إذا تعارض العرف العملي مع اللغة، فالكلام في حالتين[4]:

الحالة الأولى: أن تكون الحقيقة اللغوية مهجورة لا استخدام لها، وإنما المستعمل العرف، فإنه يعمل بمقتضى العرف، ويترك العمل بالحقيقة اللغوية.[5]

الحالة الثانية: أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مستعمل، ولكن المعنى المتعارف للفظ أكثر استعمالا، وهذا يطلق عليه عند الأصوليين ب"تعارض الحقيقة اللغوية المستعملة مع المجاز المتعارف".

وفي هذه الحالة قال الإمام أبو حنيفة: ترجح الحقيقة، وقال الصاحبان: يرجح المجاز.[6]

---

[1] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبوسنة، ص126، العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص43.

[2] – فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج5، ص136، دار الفكر، بيروت. الفروق، القرافي، ج2، ص165.

[3] – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري ،ج2، ص 140، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ–1997م، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر. فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج5، ص136. حاشية الدسوقي،ج2، ص 142. الفروق، القرافي، ج2،ص165. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص127، العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى، ص43. الاجتهاد في الإسلام، نادية العمري، ص105، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1406هـ–1986م.

[4] – العرف والعادة، احمد أبو سنة، ص 125–128.

[5] – فتح القدير، ابن الهمام، ج5، ص136.

[6] – فتح القدير، ابن الهمام، ج5،ص136. العرف والعادة، أحمد أبو سنة، ص127، العرف حجيته وآثاره الفقهية، أسماء الموسى ، ص43. الفروق، للقرافي، ج2،ص165.

مسألة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

الأحكام المبنية على العرف والعادة، تتغير إذا تغير عرف الناس وعاداتهم بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبن على العرف والعادة فإنها لا تتغير. مثال ذلك: جزاء القاتل العمد القتل فهذا الحكم الشرعي الذي استند إلى قوله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ)[1]، وإلى قوله ﷺ :(لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة)[2]، ولم يستند على العرف والعادة لا يتغير بتغير الأزمان. أما الذي يتغير بتغير الأزمان من الأحكام فإنما هي المبنية على العرف والعادة كما قلنا وإليك المثال التالي:

كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها، وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته، وهذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء، وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها. وأما في هذا العصر فقد جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم، ولزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد، وفي الحقيقة اللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري، ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية، وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان.[3]

ومن هنا كتب الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين فصلاً في: تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأحوال والنيات والعوائد وذكر أمثلة كثيرة لذلك، يقول في بداية الفصل:"هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها

---

[1] – سورة المائدة، آية 45.

[2] – الجامع الصحيح، البخاري،ج9، ص 6، رقمه: 6878.

[3] – درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر،ج1، ص43. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، ص295، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثالثة.

وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل. فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها".[1]

وهذا ما قرره ابن عابدين في رسالة نشر العَرف فيما بني من الأحكام على العُرف، بيَّن فيها أن كثيراً من المسائل الفقهية الاجتهادية، كان يبنيها المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لوكان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا[2]. وهذا ما قرره القرافي أيضا في الفروق[3].

ولهذا فإن من شروط الاجتهاد، العلم بالعرف الجاري بالبلد: فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، إما لتغير عرف أهله، وإما لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير، ودفع الضرر.[4]

والخلاصة: إن سبب التغير إما فساد أو تطور[5]، وإليك الأمثلة التالية:

1. في أصل المذهب الحنفي إذا الزوجة قبضت معجل مهرها تلزم بمتابعة زوجها إلى حيث يشاء، ولكن المتأخرين أفتوا بمنع الزوج من السفر بزوجته وإن وفاها معجل مهرها؛ وذلك لفساد الزمان وأخلاق الناس.[6]

---

[1] – اعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص3.

[2] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص125.

[3] – الفروق، القرافي، ج1، ص320.

[4] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص125. أصول الفقه، وهبة الزحيلي، ج2 ،ص835. السياسة الشرعية، القرضاوي، ص293.

[5] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص922.

[6] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص126.

2. تزكية الشهود سراً وعلناً: رأى الإمام أبو حنيفة عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه. أما الصاحبان وقد شهدا زمناً غير زمنه تفشت فيه الأخلاق الفاسدة فرأيا لزوم تزكية الشهود سراً وعلناً.[1]

3. في أصل المذهب الحنفي لا يضمن الغاصب قيمة منافع المغصوب؛ لأن المنافع عندهم ليست متقومة، إلا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم والأوقاف والتعدي عليها كلما سنحت لهم فرصة أوجبوا ضمان منافع المال المغصوب العائد للوقف واليتيم قطعاً للأطماع.[2]

4. المثال الذي سبق ذكره، وهو إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته.[3]

5. اختلف الحنفية إذا غصب شخص ثوباً وصبغه بالسواد، فذهب أبو حنيفة إلى أن الصبغ بالسواد نقص فيجب على الغاصب أن يعيد الثوب المغصوب لمالكه ويضمن قيمة النقص الذي أحدثه به بناء على الأصل المقرر عند الحنفية: أن الغاصب يضمن النقص الذي يحدثه في المغصوب بفعله.

وذهب الصاحبان: إلى أن الصبغ بالسواد زيادة، فالمالك مخير بين أخذ قيمة ثوبه وبين أخذ الثوب ودفع قيمة الزيادة للغاصب.

وسبب اختلاف أبي حنيفة مع صاحبيه العرفُ، فبينما رأى الإمام أبو حنيفة أن صبغ الثوب بالسواد يُنقص من قيمته في حين أن الصاحبين رأيا أن صبغ الثوب بالسواد يزيد في قيمته، فقد كان بنو أمية لا يلبسون الثياب السوداء، وكان الصبغ بالسواد عندهم مذموماً فكان

[1] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص126. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر،ج1، ص43.

[2] – درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر،ج1، ص43.

[3] – درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر،ج1، ص43.

منقصاً من قيمة الثوب، وفي زمن الصاحبين أصبح بنو العباس يلبسون الثياب السود فلم يعد صبغ الثوب بالسواد منقصاً لقيمته بل يزيد في قيمته، فجاءت فتواهم مخالفة لفتوى إمامهم.[1]

ملاحظات على صياغة عبارة المجلة(لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ):

1. كان ينبغي إضافة تغير الأمكنة والأحوال والعوائد، كما ذكر الأمام ابن القيم[2].
2. الأفضل أن تُقَيَّد الأحكام بالبعضية، كما فعل ابن عابدين:(نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العُرْف)[3].
3. وكان يغني عن هذا لو وصفت الأحكام بكلمة "الاجتهادية المبنية على العرف والعادة" فهذا أحوط وأدق.[4]

---

[1] – تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، ج3، ص94، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ – 1984م. المحيط البرهاني، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه،ج5، ص371، دار إحياء التراث العربي. أصول الفقه، محمد شلبي، ص342. (تغير الأحكام بتغير الأزمان)، حسين الترتوري، ص 8. وللاطلاع على مزيد من الأمثلة يمكنك الرجوع إلى: نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص125. أصول الفقه، وهبة الزحيلي ج2، ص835. السياسة الشرعية، القرضاوي، ص294. أصول الفقه، محمد شلبي، ص341. الوجيز، عبد الكريم زيدان ص258. تغير الأحكام بتغير الأزمان، حسين الترتوري، ص5.

[2] – إعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص3.

[3] – نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص114.

[4] – المدخل الفقهي، الزرقا، ج2، ص920. السياسة الشرعية، القرضاوي، ص297.

الفصل الثاني: أثر العرف في عقد النِّكاح. وفيه عشرة مباحث:

المبحث الأول: تعريف النكاح.

المبحث الثاني: ألفاظ انعقاد الزواج.

المبحث الثالث: تراخي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج.

المبحث الرابع: العدالة في الولي والشهود.

المبحث الخامس: الكفاءة في الزواج.

المبحث السادس: الشروط في عقد الزواج.

المبحث السابع: أهلية الزوجين من حيث السن.

المبحث الثامن: سكوت البكر في النكاح.

المبحث التاسع: طبيعة إعلان الزواج.

المبحث العاشر: حكم تأخير الوطء إلى ليلة الزفاف.

المبحث الأول: تعريف النكاح. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقيقة النكاح.

المطلب الثاني: أثر العرف على حقيقة النكاح.

المطلب الأول: حقيقة النكاح.

أولا: النكاح لغة.

النكاح في اللغة: الضم والجمع. تقول العرب: تناكحت الأشجار، إذا انضم بعضها إلى بعض، ونكح المطر الأرض، إذا اختلط في ثراها.[1]

ويطلق النكاح في اللغة على: الوطء، وقيل على العقد.[2]

ثانيا: النكاح شرعاً.

مذاهب الفقهاء من حقيقة النكاح شرعاً.

اختلف الفقهاء في إطلاق لفظ النكاح على العقد أو على الوطء، على عدة أقوال:

القول الأول: القائلون بأن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وهم الحنفية[3].

---

[1] – تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، ج7،ص196، دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج2، ص951. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،ج3، ص93، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426 هـ – 2005 م، الطبعة الثالثة، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب،ص360، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1408 هـ – 1988 م.

[2] – تاج العروس، الزبيدي، ج7،ص196. القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص246.

[3] – الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3، ص93. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، ج3، ص82، دار المعرفة، بيروت. الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة، محمد علاء الدين بن علي الحصكفي، ج3،ص5، دار الفكر، بيروت، 1386هـ.

القول الثاني: القائلون بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهم المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3].

القول الثالث: القائلون بأن النكاح حقيقة في كلٍّ من الوطء والعقد، أي مشترك[4] بينهما، ويتعيَّن المقصود منهما بالقرينة. وهو رأي عند الحنفية على أنه مشترك لفظي فيهما أو مشترك معنوي فيهما[5]، وهو أحد الأوجه عند الشافعية[6]، وهو قول لبعض الحنابلة[7].

القول الرابع: أنّه حقيقة فيهما معًا، أي من الألفاظ المتواطئة، فلا يقال هو حقيقة على أحدهما بانفراده بل على مجموعهما[8]. وهو قول لبعض الحنابلة[9].

---

[1] – الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، ج3، ص945، مكتبة الثقافة الدينية، المحقق: رضا فرحات. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني ،ج5، ص18، دار عالم الكتب، 1423هـ - 2003م، المحقق: زكريا عميرات. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، ج1، ص436، المكتبة الثقافية، بيروت.

[2] – مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، ج3، ص165، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1418-1997م، تحقيق: محمد عيتاني. حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ج3، ص207، دار الفكر، 1419هـ - 1998م، بيروت، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص333. المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ج7، ص3، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ -2003م . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي ،ج8، ص5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ.

[4] – المشترك: لفظ يتناول أفراداً مختلفة الحدود على سبيل البدل. وبتعبير آخر: لفظ وضع لمعنين أو أكثر بأوضاع متعددة. الوجيز، عبد الكريم زيدان،ص326.

[5] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندى،ج3،ص5 ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت،1421هـ - 2000م.

[6] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص165،

[7] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص3. الإنصاف، المرداوي ،ج8، ص6.

[8] – قال المرداوي: والفرق بين الاشتراك والتواطؤ: أن الاشتراك يقال على كل منهما بانفراده حقيقة بخلاف المتواطئ، فإنه لا يقال حقيقة إلا عليهما مجتمعين. الإنصاف، المرداوي ،ج8، ص7.

[9] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص3. الإنصاف، المرداوي ،ج8، ص6.

أدلة كل مذهب.

أولا: أدلة القائلين بأن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وهم الحنفية.[1]

1. من الكتاب: ما ورد في الشرع بمعنى عقد التزويج فلقرينة صرفته عن معناه الحقيقيِّ وهو الوطء إلى معنى التزويج، كخطاب الأولياء في قوله تعالى: (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ)[2]. أو اشتراط إذنهم كما في قوله تعالى: (فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)[3]، لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل. وكخطاب الرجال في قوله تعالى :(فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ)[4]، لأن العقد هو الذي يختص بالعدد دون الوطء.

2. من السنة: قول الرسول ﷺ: (ولدت من نكاح)[5] أي من وطء حلال لا من وطء حرام ، وقوله عَنْ أَنَسٍ أَنَّ الْيَهُودَ كَانُوا إِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ فِيهِمْ لَمْ يُؤَاكِلُوهَا وَلَمْ يُجَامِعُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ. فَسَأَلَ أَصْحَابُ النَّبِيِّ ﷺ، النَّبِيَّ –ﷺ– فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى

---

[1] – الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3، ص93. النكاح والقضايا المتعلقة به، أحمد الحصري، ص5، مكتبة الكليات الأزهرية، 1387هـ – 1967م. شرح قانون الأحوال الشخصية، محمود السرطاوي، ص24، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1417هـ – 1997م. الولاية في النكاح، عوض بن رجاء بن فريج العوفي،ج1،ص44،أصل الكتاب رسالة (ماجستير) – الجامعة الاسلامية، 1403 هـ، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ–2002م. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، ج4،ص8.

[2] – سورة النور، آية 32.

[3] – سورة النساء، آية 25.

[4] – سورة النساء، آية 3.

[5] – لم أجده بهذا اللفظ، ولكن بألفاظ أخرى. السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي،ج7، ص190، رقمه: 14457، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة الأولى، 1344 هـ. المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني،ج5، ص80، دار الحرمين، القاهرة ، 1415هـ، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. مُصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، ج11،ص431، الدار السلفية الهندية القديمة، تحقيق: محمد عوامة. مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني،ج7،ص303، رقمه: 13273، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. وحكم عليه، بأن سنده ضعيف، كما جاء في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ج3، ص382، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ –1989م.

فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ)[1] إِلَى آخِرِ الآيَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (اصنعوا كل شيء إلا النكاح)[2]. أي اعملوا كل شيء إلا الوطء.

3. وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا. قال الأعشى: ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها. يعني مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر.

ثانيا: أدلة القائلين بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهم الجمهور.[3]

1. إنَّ لفظ النكاح بمعنى العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف أكثر وأشهر استعمالاً.

2. ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)[4].

3. لو كان إطلاق النكاح على الوطء من قبيل الإطلاق الحقيقي لما صح نفي هذا المعنى عنه، ولكن ورد في نصوص الشريعة واللغة ما يفيد وقوع ذلك. فقد نفي معنى الوطء عن النكاح في قول النبي ﷺ: (ولدت من نكاح لا من سفاح)[5].

4. النكاح أحد اللفظين المتفق على صحة العقد بهما، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر، وهو لفظ التزويج.

5. لو قدر كون النكاح مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية. أي أنَّ الذهن ينصرف إلى العقد عند الإطلاق ولا يتبادر إلا إليه، فهو وإن لم يكن حقيقة فيه أصلاً –أي في اللغة– فهو مما نقله العرف.

---

[1] – سورة البقرة، آية222.

[2] – الجامع الصحيح، مسلم، ج1، ص169، رقمه: 720.

[3] – المغني: ابن قدامة، ج7، ص333. الإنصاف، المرداوي، ج8،ص6. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص3.مغني المحتاج، الشربيني، ج3،ص165. النكاح والقضايا المتعلقة به، الحصري، ص7. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص23. الولاية في النكاح، عوض العوفي،ج1، ص40. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، ج4، ص8.

[4] – سورة البقرة، آية 230.

[5] – سبق تخريجه، ص50.

ثالثا: دليل القائلين بأن النكاح حقيقة في كلٍّ من الوطء والعقد، أي مشترك بينهما.

إن الشرع تارة يستعمل النكاح في العقد، وتارة يستعمله في الوطء، بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول، وذلك يدل على أنه حقيقة فيهما.[1]

رابعا: دليل القائلين بأن النكاح حقيقة فيهما معًا، أي من الألفاظ المتواطئة.

أنَّ القول بالتواطؤ أولى من القول بالاشتراك والمجاز؛ لأنَّهما خلاف الأصل.[2]

المناقشة والردود.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بأن النكاح حقيقة في الوطء.

1. الرد على دليلهم من الكتاب وهو أنّ ما في الشرع بمعنى عقد التزويج فلقرينة صرفته عن معناه الحقيقيِّ: رد عليه بأنَّ لفظ النكاح بمعنى العقد في الكتاب أكثر وأشهر استعمالاً من الوطء، وليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء.

ولكن أورد على هذا أنه يوجد في الكتاب النكاح بمعنى الوطء في قوله تعالى: (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)[3] فإن معناه الوطء؛ بدليل قوله ﷺ عندما جَاءَتِ امْرَأَةُ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيِّ للنَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَأَبَتَّ طَلاَقِي، فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ[4]. فَقَالَ: أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ. لاَ، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ[5] وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ.[6]

---

[1] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص4. الولاية في النكاح، عوض العوفي،ج1، ص40. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، ج4، ص7.

[2] – الأنصاف، المرداوي، ج8، ص7. الولاية في النكاح، عوض العوفي،ج1، ص46.

[3] – سورة البقرة، آية 230.

[4] – هدبة الثوب: هو طرف الثوب الذي لم ينسج، مأخوذ من هدب العين وهو شعر الجفن، وارادت أن ذكره يشبه الهدبة في الاسترخاء وعدم الانتشار. فتح الباري، ابن حجر، ج9، ص465.

[5] – ذوق العسيلة: كناية عن المجامعة وهو تغييب حشفة الرجل في فرج المرأة. فتح الباري، ابن حجر، ج9، ص466.

[6] – الجامع الصحيح، البخاري، ج3، ص220، رقمه: 2639.

ورد على هذا الاعتراض: إنّ هذا الاعتراض غير وارد فإن معنى "تَنْكِحَ" في الآية تتزوَّجٌ أي بعقد وليِّها لها. وظاهر الآية أنّ هذا يكفي، ولكن ثبت في السنة أنه لا بدّ من الوطء وهو "ذوق العسيلة".[1]

2. الرد على دليلهم من السنة(ولدت من نكاح...): إنَّ لفظ النكاح بمعنى العقد في السنة أكثر وأشهر استعمالاً من الوطء[2]، وما ورد في السنة بمعنى الوطء قليل ونادر، والنادر لا حكم له.

3. الرد على دليلهم من اللغة: أنَّ الذهن ينصرف إلى العقد عند الإطلاق ولا يتبادر إلا إليه، فهو وإن لم يكن حقيقة فيه أصلاً –أي في اللغة– فهو مما نقله العرف.[3]

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بأن النكاح حقيقة في العقد.

1. الرد على دليلهم الأول وهو أن لفظ النكاح بمعنى العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف أكثر وأشهر استعمالاً: إنَّ الأصل في استعمال النكاح لغة إنَّما هو في الوطء، كما قاله أهل اللغة، والأصل عدم النقل.[4]

2. الرد على دليلهم الثاني وهو أنه ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء: إنّ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالمعنى اللغوي من كل وجه، فمتى ورد النكاح في الكتاب والسنة بدون قرينة يكون معناه الوطء.[5]

3. الرد على باقي الأدلة: ما قلته في الرد على الدليل الأول والثاني أذكره هنا، وهو أنَّ الأصل في استعمال النكاح لغة إنَّما هو في الوطء.

---

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص165. المغني، ابن قدامة، ج7، ص333. الإنصاف، المرداوي، ج8، ص6. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص3. الولاية في النكاح، عوض العوفي،ج1، ص41.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص165. المغني، ابن قدامة ج7، ص333. الإنصاف، المرداوي،ج8،ص6. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص3. الولاية في النكاح، عوض العوفي،ج1، ص41.

[3] – المغني: ابن قدامة ج7، ص333.

[4] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص3. الثمر الداني، الآبي الأزهري، ج1،ص436. الإنصاف، المرداوي، ج8، ص5. لسان العرب، ابن منظور، ج2، ص625.

[5] – الاختيار، لابن مودود الموصلي،ج3، ص93

ثالثا: مناقشة دليل القائلين بأن النكاح حقيقة في كلٍّ من الوطء والعقد، أي مشترك بينهما.

رد على دليلهم وهو أن الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطء: بأن الاشتراك خلاف الأصل، فلا تترك الحقيقة ويصار إليه.[1]

رابعا: مناقشة دليل القائلين بأن النكاح حقيقة فيهما معًا، أي من الألفاظ المتواطئة.

الرد على دليلهم وهو أنَّ القول بالتواطؤ أولى من القول بالاشتراك: أرى بأن النكاح وضع في الأصل للدلالة على معنى واحد من هذين المعنيين، فدلالته على هذا المعنى دلالة حقيقية مستمدة من أصل الوضع، وفيما عدا هذا المعنى الواحد مجاز، كما هو مقرر في علم الأصول.

الرأي الراجح.

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في تحديد معنى النكاح، يتبين لي أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وذلك لأن أدلتهم أقوى وأسلم –والله أعلم–، ولأن النكاح مما نقله العرف فهو من عرف الشارع[2]، فهو كالصلاة التي نقلت عن الدعاء لغة إلى العبادة المخصوصة شرعاً، والنكاح نقل عن الوطء لغة إلى العقد شرعاً، كما ظهر في الأدلة سابقا.

ولأنّ ورود النكاح في الشرع هو في جانب العقد أكثر وأشهر، فهو أقوى أدلَّة حقائق معاني الألفاظ؛ إذ ليس هناك حجَّة أقوى من كثرة الاستعمال وشهرته في أحد المعنيين، وظهور النِّكاح مرادًا به العقد في القرآن والسنة وعرف الصحابة والعرب هو بالمكان المعروف الذي لا يتوقف فهمه على قرينة –والله أعلم–

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص333. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص3. الإنصاف، المرداوي، ج8، ص7.

[2] – عرف الشارع: هو العرف الذي أطلقه الشارع مريداً منه معنى خاصاً. انظر ص31.

ثالثا: عقد النكاح اصطلاحا.

اختلف الفقهاء في تعريفه، وإليك أهم هذه التعريفات:

عرفه الحنفية: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً.[1]

شرح التعريف:

العقد: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المستعملين من زوجت وتزوجت أو غيرهما.[2]

والمراد بالوضع: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له.[3]

ملك المتعة: عبارة عن ملك الانتفاع والوطء، وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا، والمراد بالملك الحل لا الملك الشرعي.[4]

واحترز بكلمة قصدا: عما يفيد الحل ضمنا كشراء جارية للتسري فتملك المتعة ثابت ضمنا.[5]

وعرفه المالكية : قال ابن عرفة[6]: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر.[7]

---

[1] – فتح القدير، ابن الهمام، ج3، ص186.

[2] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص85.

[3] – فتح القدير، ابن الهمام، ج3، ص186. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ج3، ص308، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود.

[4] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص85. بدائع الصنائع، الكاساني ج3، ص308.

[5] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص85. فتح القدير، ابن الهمام ج3، ص186.

[6] – محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبد الله، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، مولده فيها عام 716هـ، ووفاته فيها عام 803 هـ. تولى إمامة الجامع الاعظم سنة 750 هـ. من كتبه: المختصر الكبير في فقه المالكية، والمختصر الشامل في التوحيد، والحدود في التعاريف الفقهية. شذرات الذهب، العكري،ج7،ص38. الأعلام، الزركلي، ج7، ص43.

[7] – مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص19.

شرح التعريف:

عقد على مجرد متعة التلذذ: قيد يخرج به كل عَقد لا يقصد منه المُتعة أو التلذُّذ، كالبيع والكراء وغيره.

آدمية: قيد يخرج به الزواج بالجنية. ويخرج أيضا التلذذ بغيرها؛ كالتلذذ بالطعام والشَّراب.

غير موجب قيمتها وإن وقع ببينة: قيد خرج به عقد تحليل الأمة إن وقع ببينة وذلك كأن يملك شخص منفعة الاستمتاع بأمته فإن هذا لا يقال له عقد نكاح كما لا يقال له إجازة وهو يوجب قيمة الأمة إن وقع أما عقد النكاح فإنه لا يوجب قيمة العقود عليها.

ببينة قبله: قيد أنه لا بد من البينة قبل التلذذ فتخرج به صور الزنا.

غير عالمٍ عاقده حرمتَها: قيدٌ أخرج العَقد على مَن تحرُم على العاقد مع علمه؛ لأنَّ العَقد بذلك يكون باطلا من أصله.

إن حرَّمها الكتاب ...إلخ: أي أنَّ المشهورَ في مذهب المالكيَّة أنَّ الحرمة إذا ثبتت بنص الكتاب، فإنَّ العَقد يقع باطلا .

أما إذا ثبتت الحرمة بالإجماع، فإنَّ المشهور_ عندهم_ أنَّ العَقد يقع فاسدًا، وعلى غير المشهور في المذهب لا يُسمّى نكاحًا من أصله سواءٌ كان التحريم بالكتاب أم بالإجماع.[1]

وعرفه الشافعية: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.[2]

عقد: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر.

يتضمن إباحة الوطء: فهو عقد إباحة لا عقد تمليك، وهو الراجح عندهم. وثمرة هذا الخلاف أنه لو حلف أنه لا يملك شيئا ولا نية له فإنه لا يحنث إذا كان يملك الزوجة فقط على القول بأن العقد لا يفيد الملك أما على القول الآخر فإنه يحنث.[3]

---

[1] – النكاح والقضايا المتعلقة به، الحصري، ص9. الفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن الجزيري،ج4، ص7.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص165.

[3] –مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص166.الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري،ج4، ص7. النكاح والقضايا المتعلقة به، أحمد الحصري ص10.

بلفظ إنكاح أو تزويج: وهما اللفظان اللذان ينعقد بهما العقد عندهم.

أو ترجمته: وهذا لمن لم يقدر على التلفظ بالعربية.

وعرفه الحنابلة: بأنه عقد التزويج.[1]

شرح التعريف: أي عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.[2]

وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة الثانية بقوله:(الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، لتكوين أسرة، وإيجاد نسل بينهما)[3].

العقد: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر.

بين رجل وامرأة: هما طرفا عقد الزواج.

تحل له شرعا: فلا يجوز أن تكون أما أو أختا أو بنتا أو غيرهن من المحرمات.

والغاية الأسمى من عقد النكاح تكوين أسرة وإيجاد نسل بين الزوجين.[4]

المطلب الثاني: أثر العرف على حقيقة النكاح.

لما اختلف الفقهاء في المراد من النكاح هل يطلق على عقد أم على الوطء، كان من أدلتهم في تحديد المراد من النكاح، بالإضافة إلى الكتاب والسنة واللغة اعتبار العرف القائم في البلاد، ويشهد لذلك ما قاله الإمام ابن قدامة: "الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف..... والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية"[5].

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص333.

[2] – النكاح والقضايا المتعلقة به، أحمد الحصري ص10.

[3] – المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة1976.

[4] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، عمر الأشقر، ص32.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص333.

فهذا نص صريح على اعتبار العرف في ترجيح أن المراد بالنكاح العقد لا الوطء[1]، وهذا أحد الأدلة الذي جعلني أرجح بأن المراد بالنكاح العقد لا الوطء، كما ذكرت سابقاً.

وقد رجح بعض الباحثين بأن النكاح حقيقة في كلٍ من العقد والوطء لاستعماله فيهما، والعرف قرينة ترجح أحد المعنيين[2]، ويمكن القول إن تغير الزمان والمكان والأعراف يؤثر في المراد من النكاح.

أثر العرف على تعريف الزواج في القانون.

يظهر من التعريفات المختلفة للفقهاء أن موضوع عقد النكاح امتلاك المتعة على الوجه المشروع ، وإلى أن الغرض من عقد النكاح في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا وهذا من أوضح أغراضه عند عامة الناس، لكن الغاية الأسمى من عقد النكاح تكوين أسرة وإيجاد نسل بين الزوجين. ولهذا رأى واضعوا القانون أن (تعريف الزواج بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، لتكوين أسرة، وايجاد نسل بينهم)[3]. ملائم لأعراف الناس وعاداتهم واطلاقاتهم أكثر من التعريفات السابقة التي تحصر القصد من الزواج في قضاء الشهوة –فحسب– حيث جعلوا ملك الاستمتاع الغاية من الزواج كما هو واضح في تعريف الحنفية، وما قصد التشريع الإسلامي من هذا العقد مجرد تحقيق المتعة، بل من مقاصده تكوين أسرة وإيجاد نسل بين الزوجين لقوله ﷺ : (تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم)[4].[5]

ولكن يمكن القول بأن الفقهاء في تعريفاتهم إنما اقتصروا على الحدود، ولذلك لم يضعوا الآثار والقصود في الحدود؛ لأنها لا توضع فيها، وإنما توضع في الرسوم.

---

[1] – الإنصاف، المرداوي، ج8، ص5. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص3.

[2] – أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الحمدان، ص6 من التلخيص، وفي الخاتمة من النتائج، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن.

[3] – المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة1976.

[4] – سنن أبي داود، ج2، ص175، رقمه: 2052. سنن النسائي، ج6،ص65، رقمه، 3227، وقال عنه الألباني في حكمه على سنن النسائي: حسن صحيح.

[5] – الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ص17، دار الفكر العربي. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص23.

المبحث الثاني: ألفاظ انعقاد الزواج.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما هي ألفاظ انعقاد الزواج.

المطلب الثاني: أثر العرف على ألفاظ انعقاد الزواج.

المطلب الأول: ما هي ألفاظ انعقاد الزواج.

وضعت العرب لكل عقد من العقود الألفاظ التي تدل عليه، لا فرق في ذلك بين الزواج، والبيع، والإجارة وغيرها من العقود.

وقد اتفق الفقهاء على انعقاد النكاح بلفظي التزويج والإنكاح[1]. واختلفوا بعد ذلك في انعقاد الزواج بغير هذين اللفظين على ثلاثة مذاهب.[2]

مذاهب الفقهاء.

اختلف الفقهاء في انعقاد عقد النكاح بغير لفظي التزويج والإنكاح، على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنه يمنع انعقاد العقد بغير هذين اللفظين.

---

[1] – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ج3، ص317،دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود. الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3،ص95. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص91. مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص44. الشرح الكبير، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير، ج2،ص221، دار إحياء الكتب العربية، بيروت. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، ج7، ص36، المكتب الإسلامي، بيروت،1405هـ. المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق،ج2، ص41، مطبعة عيسى البابي، مصر. الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردي، ج9، ص152، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414هـ – 1994م. المغني، ابن قدامة، ج7، ص428. الإنصاف المرداوي، ج8،ص35.

[2] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص56. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص120. أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي، نواف عواد الشويعر ، ص94، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله تخصص القضاء الشرعي في كلية الدراسات الفقهية والقانونية بجامعة آل البيت، بإشراف الأستاذ الدكتور: قحطان الدوري. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الأستاذ الدكتور الشحات إبراهيم محمد منصور، أستاذ الشريعة الإسلامية، عميد كلية الحقوق – جامعة بنها،ص28.

[3] – روضة الطالبين، النووي ، ج7، ص36. المهذب، الشيرازي،ج2، ص41. الحاوي الكبير، الماوردي، ج9، ص152.

[4] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص428. الإنصاف، المرداوي، ج8،ص35.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية[1] إلى أن النكاح ينعقد بلفظ البيع والشراء والهبة والصدقة والتمليك، وبكل لفظ يدل على التزويج.

المذهب الثالث: ذهب المالكية[2] إلى انعقاد النكاح بلفظ الهبة بشرط ذكر الصداق، وفي انعقاده بلفظ الصدقة والتمليك قولان: الأول: ينعقد إن ذكر معها المهر، والثاني: لا ينعقد ذُكر معها المهر أم لم يذكر.

أدلة كل مذهب.

أولا: أدلة القائلين بأنه يمنع انعقاد العقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج، وهم الشافعية والحنابلة.

1. أن هذين اللفظين هما اللذان ورد ذكرهما في الشرع، دون غيرهما، قال سبحانه وتعالى: (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا)[3]، وقال: (وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ)[4].[5]

2. قوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)[6]. وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل النكاح بلفظ الهبة خالصاً ومختصاً برسوله دون سائر أمته.[7]

3. عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبة الوداع بعرفه:(اتَّقُوا اللَّهَ فِى النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ)[8]. وجه الدلالة: إن كلمة الله التي وردت في الكتاب هي الزواج والنكاح.[9]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص317. الاختيار، ابن مودود الموصلي ، ج3،ص95. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص91.

[2] – مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص44. الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص221.

[3] – سورة الأحزاب، آية 37.

[4] – سورة النساء، آية22.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص428.

[6] – سورة الأحزاب، آية50 .

[7] – الحاوي، الماوردى، ج9، ص153. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص190. المغني، ابن قدامة، ج7، ص428.

[8] – الجامع الصحيح، مسلم،ج4،ص39، رقمه، 3009.

[9] – الحاوي، الماوردى، ج9، ص154. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص190.

4. لا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح وليس صريحاً في إرادة النكاح بل كناية، والكناية لا تعلم إلا بالنية، والشهادة شرط في النكاح، ولا يمكن للشهود الاطلاع عليها فلم ينعقد بغير لفظي التزويج أو الإنكاح.[1]

5. إنّ الحكم الأصلي للنكاح هو الازدواج، والملك يثبت وسيلة إليه؛ فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج، وهو لفظ التزويج والإنكاح دون غيرهما.[2]

ثانيا: أدلة القائلين بأن النكاح ينعقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج، أي بكل لفظ يدل عليه، وهم الحنفية والمالكية على اختلاف بينهم.

1. قوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)[3]. وجه الدلالة: لفظ الهبة انعقد به نكاح رسول الله ﷺ، فينعقد به نكاح أُمته كلفظ الإنكاح والتزويج.[4]

2. ما روي أن النبي ﷺ زوَّج رجلاً امرأةً، فقال: (اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ)[5]، فهذا نص صريح في انعقاد النكاح بلفظ "الملك".

3. إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولا مانع من استعمال هذه الألفاظ ما دامت تدل على التزويج، وتؤدي معنى النكاح.[6]

---

[1] – المهذب، الشيرازي، ج2،ص41.

[2] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص318.

[3] – سورة الأحزاب، آية50.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص318.

[5] – الجامع الصحيح، البخاري، ج6، ص237، رقمه: 5030. الجامع الصحيح، مسلم، ج4،ص143، رقمه: 3553.

[6] – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندى،ج3،ص16، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ – 2000م.

المناقشة والردود.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بأنه يمنع انعقاد العقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج.

1. رد على استدلالهم وهو أن هذين اللفظين هما اللذان ورد ذكرهما في الشرع: بأنه لا يسلم لهم هذا الاستدلال، لأنه يوجد بعض الأحاديث التي ورد فيها التزويج بغير هذين اللفظين، منها أن النبي ﷺ زوّج رجلاً امرأةً، فقال: (اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ)[1].[2]

2. رد على استدلالهم بقوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ...): بأن الذي اختص به الرسول ﷺ هو عدم المهر لا الانعقاد بلفظ الهبة، ولو كان المراد لفظ الهبة لما كان كبير فضل ولا تخفيف مشقة عن النبي ﷺ.[3]

3. رد على استدلالهم بحديث جابر: (اتَّقُوا اللَّهَ فِى النِّسَاءِ...): بأنه لا يدل على الحصر في الإنكاح والتزويج فقد روي أن النبي ﷺ زوّج رجلاً امرأةً، فقال: (اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ)[4].[5]

   وكلمة الله تعالى في الحديث تحتمل حكم الله عز وجل؛ كقوله تعالى: (وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ)[6].[7]

4. رد على استدلالهم بأنه لا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح لأنّ ما سواهما كناية: إنّ الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنّما تعلم بالنية مُسلَّم، ولكن قولكم :لا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها، غير مسلم فإن القرائن دالة على أن المشهود عليه هو النكاح. فإنه إذا قال إنسان لآخر بحضرة الشهود: ملكتك ابنتي بألف درهم مثلاً، فقال الآخر: قبلت، علم

---

[1] – سبق تخريجه، ص61.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، عمر الأشقر، ص121.

[3] – البحر الرائق، لابن نجيم، ج3، ص91.

[4] – سبق تخريجه، ص61.

[5] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص320، في التعليق في الحاشية أسفل الصفحة.

[6] – سورة الشورى، آية 14.

[7] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص320.

أن المراد التزويج. ولا يحتاج الى إظهار النية، إذ إنّ دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة وتقوم مقام إظهار النية.[1]

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بأنه ينعقد العقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج، أي بكل لفظ يدل عليه.

اعترض على استدلالهم بحديث: (اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا....)، بأنه قد ورد بعدة روايات منها: زوجتكها وزوجناكها وأنكحتكها، وهي في حادثة واحدة، ورجل واحد، وامرأة واحدة. فالظاهر أن راوي الحديث قد رواه بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة.[2]

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأنه وإن كان في حادثة واحدة، ورجل واحد، وامرأة واحدة. فإنه لا مانع من صحة الروايات كلها، ويكون قصد النبي ﷺ تعليم الصحابة جواز النكاح بجميع هذه الألفاظ، لذلك وجدنا رواة الحديث رغم اتحاد القصة اختلفوا في اللفظ.[3]

الرأي الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح لي أن عقد الزواج ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج وبكل لفظ يدل على التزويج، وذلك يتحقق بوجود عرف أو بوجود قرينة، فإذا تعارف قومٌ على أنّ لفظا يفهم منه الدلالة على إرادة النكاح فهو صالح لذلك. وذلك لأن أدلتهم أقوى وأسلم –والله أعلم– ، ولأن ذلك ييسر ويرفع الحرج عن الناس فإنه في بعض الحالات يتم عقد الزواج بغير هذين اللفظين، كما في منطقة بئر السبع وغيرها كما سيأتي، وذلك لقوله تعالى: (يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)[4]، ولقولهﷺ : (يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا، وَبَشِّرُوا وَلاَ تُنَفِّرُوا)[5].

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص321، في التعليق في الحاشية أسفل الصفحة.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص428. الحاوي، الماوردى، ج9، ص154. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص190.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص321، في التعليق في الحاشية أسفل الصفحة.

[4] – سورة البقرة، آية185.

[5] – الجامع الصحيح، البخاري، ج1، ص27، رقمه: 69.

المطلب الثاني: أثر العرف على ألفاظ انعقاد الزواج.

إن عقد الزواج ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وبكل لفظ عُدَّ في العرف دالاً عليه، فإذا تعارف قومٌ على أن هذا اللفظَ أو ذاك يُفْهَمُ منه أنَّه النكاحُ فهو صالحٌ لجَعْلِهِ لفظاً على إرادة الزواج[1]. وهذا هو مذهب الحنفية – كما سبق-.

ويشهد لذلك فتوى الشيخ محمد رشيد رضا[2] لأعراب فِلَسْطِين: "السؤال: إن طريقة عقد النكاح عند الأعراب في قضاء بئر السبع هي أن يخطب الرجل المرأة التي يريدها إلى أهلها، وبعد الاتفاق على السياق يأخذ ولي أمر المرأة عودًا ويناوله الخاطب قائلاً له: هاك قصلة فلانة (ويسميها) بسنة الله وسنة رسوله، فيأخذ الخاطب العود أو القصلة ويضعه في عقاله أو يحفظه معه، فيصير هذا عقدًا صحيحًا في عادتهم ثم يبني عليها وتقيم معه إقامة الأزواج. فهل هذه الطريقة عقد صحيح لأن الأصل في العقود الصحة، ولأن الأعمال بالنيات كما يؤخذ من تحقيق شيخ الإسلام ابن تيمية في الصحة من كتابه القياس في الشرع الإسلامي. أم هو عقد فاسد يجب على القاضي الحكم بين هذين الزوجين بالتفرقة؛ لأنهما لم يأتيا بالألفاظ المذكورة في كتب الفقه لعقد النكاح ....

الجواب: العبرة في العقود كلها وفي حل عقود الزواج، والطلاق ما يتعارف عليه الناس فيما بينهم، ويعد إيجابًا وقبولاً في عرفهم، لا بألفاظ لا يفهمونها بلغتهم ولا عرفهم، والألفاظ التي اعتمدها الفقهاء في صحة العقود أو وقوع الطلاق ليست تعبدية، وإنما وجد الأئمة أهل اللغة يستعملونها فيها فبنوا أحكامهم عليها، وقد قيل في القواعد الشرعية التي جعلت مقدمة لمجلة الأحكام العدلية الشرعية:

---

[1] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص122. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر ، ص98. أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله الحمدان،ص6.

[2] – محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني (المتوفى : 1354هـ)، صاحب مجلة (المنار) وأحد رجال الاصلاح الاسلامي، من الكتاب، العلماء بالحديث والأدب والتاريخ والتفسير، ولد ونشأ في القلمون (من أعمال طرابلس الشام) وتعلم فيها وفي طرابلس، وتنسك، ونظم الشعر في صباه، وكتب في بعض الصحف، ثم رحل إلى مصر سنة 1315 هـ فلازم الشيخ محمد عبده وتتلمذ له، وكان قد اتصل به قبل ذلك في بيروت، أشهر آثاره مجلة (المنار) أصدر منها 34 مجلدا، و تفسير القرآن الكريم، ويسر الإسلام وأصول التشريع العام. الأعلام ، الزركلي، ج6، ص126.

(إنّ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني) وهي قاعدة صحيحة، وقد حقق الموضوع شيخ الإسلام في قواعده وكتاب القياس الذي ذكرتموه يغنيكم عن إطالتي فيه- والله أعلم-"[1].

أثر العرف في انعقاد النكاح بالألفاظ المصحفة.

يصح انعقاد النكاح بالألفاظ المصحفة، وباللهجة العامية، مثل: تزوزت، وتجوزت، التي جرى العرف على استعمالها بين الناس، ما دام هذا الاستعمال أصبح كثيراً وشائعاً بين الناس، بحيث يدل على إرادة معنى الزواج.

فإذا قال احد العاقدين: جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاي بدلَ الجيم، فقال الآخر: قبلت تجويزها، أوتزويجها، أوتزويزها، قاصداً بذلك معنى النكاح يصح، ولا شك أن لفظ جوزت أو زوزت لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزويج ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العرف، ولأن من يتلفظ بهذه الألفاظ في حكم العاجز عن الألفاظ الموضوعة للعقد شرعاً فصح منه.[2]

ومما يؤيد هذا ما ذكره التمرتاشي[3] في رسالة التجويز، والتي جاءت باسم مسألة التجويز الواقعة بين العوام بدل التزويج.[4]

---

[1] - عقد النكاح وصيغة الطلاق عند أعراب فِلَسْطِين، محمد رشيد رضا، وهي فتوى منشورة في مجلة المنار، مجلد 31، ج31، ص 742.

[2] - رد المحتار، ابن عابدين، ج3،ص20. نشر العرف، ابن عابدين، ج2، ص139. الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3،ص95. مغني المحتاج، الشربيني، ج3،ص189. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر ، ص98. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص59.

[3] - محمد بن عبد الله بن أحمد، الخطيب العمري التمرتاشي الغزي الحنفي، شمس الدين: شيخ الحنفية في عصره.من أهل غزة، مولده ووفاته فيها سنة 1004هـ. من كتبه تنوير الابصار، منح الغفار، وله رسائل كثيرة منها رسالة في النقود وفي التجويز. خلاصة الأثر، المحبي، ج4، ص19. الأعلام، الزركلي، ج6، ص240.

[4] -رسالة بذل المجهود في تحرير أسئلة تغير النقود، محمد بن عبد الله الغزي التمرتاشي الحنفي، ص46 ،الطبعة الأولى،١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م،قدم لها وحققها وعلَّق عليها: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانه. خلاصة الأثر، المحبي، ج4، ص19.

أثر العرف على ألفاظ انعقاد الزواج في القانون.

أما بالنسبة للمادة القانونية المتعلق بذلك فقد جاء في المادة الخامسة عشر من قانون الأحوال الشخصية: (يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة).

فالألفاظ الصريحة في اللغة العربية هي الإنكاح والتزويج دون غيرهما، فمجيئه بحرف (الكاف) في قوله:(كالتزويج) أوجد اشكالاً وابهاماً، لأن الكاف تدل على التمثيل، والتمثيل هنا غير موجود لعدم وجود لفظ صريح غير هذين اللفظين. وجاء في قراري محكمة الاستئناف (11662، 8376):"إن عقد الزواج إذا كان بغير لفظ الإنكاح والتزويج لا يكون صحيحا".[1] وبهذا فإن قانون الأحوال الشخصية الأردني لم يأخذ بالألفاظ العرفية، وإنما اقتصر على النكاح والتزويج فقط. وهذا أخذ من المذهب الشافعي والحنبلي.

وقول القانون(وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة): إنّ الإشارة المفهمة هي الوسيلة الطبيعية للتعبير عن رضا الأخرس، وقد جرى العرف واستقر عليها.[2]

---

[1] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص121.

[2]– أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر ، ص102.

المبحث الثالث: تراخي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج. وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: المقصود بالإيجاب والقبول.

المطلب الثاني: صورة المسألة وحكمها فقها.

المطلب الثالث: أثر العرف على تراخي القبول عن الإيجاب.

المطلب الأول: المقصود بالإيجاب والقبول.

لما كان الأصل في العقود الرضا، ولا يمكن الاطلاع عليه؛ لأن محله القلب، فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلاً ظاهراً عليه.

وقد اتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول، ولكنهم اختلفوا في المقصود به:

الإيجاب عند الحنفية: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بالعقد، سواء أكان الزوج أم الزوجة. والقبول عندهم: هو ما يصدر مؤخراً –ثانياً– دالاً على موافقته لما أبداه الأول، سواء أكان صدوره من الزوج أم كان من الزوجة أو وليها.[1]

والإيجاب عند الجمهور(المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]): هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل؛ لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه. والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج أو وكيله.

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص55. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص55. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص115. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج41، ص 234.

[2] – بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي،ج2، ص216، دار الكتب العلمية، بيروت،1415ه – 1995م، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. الشرح الكبير، الدردير،ج2،ص216 وص221، الذخيرة، القرافي،ج4،ص396.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3،ص188.

[4] – الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،ج1،ص333، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، المحقق: سعيد محمد اللحام.

المطلب الثاني: صورة المسألة وحكمها فقهاً.

يشترط أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، لأن الإيجاب والقبول من شروط الانعقاد، ولأن الأصل الموالاة بين الإيجاب والقبول، والمراد بالموالاة أن لا يتراخى القبول عن الإيجاب، فلو تفرق المجلس بعد الإيجاب وقبل القبول لم يصح ولم ينعقد عقد الزواج، لإمكان أن يكون الموجب قد تراجع عن إيجابه في فترة الفصل والتفرق بين الإيجاب والقبول. ولأن انعقاد العقد عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر، فالقياس وجودهما في مكان واحد وعدم التراخي في المجلس ولو لحظة؛ إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى سد باب العقود، فجعل المجلس جامعاً للشطرين حَكَماً مع ما يحصل من تراخي للضرورة، والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف المجلس تَفَرَقَ الشطران حقيقة وحكماً فلا ينتظم الركن هذا.[1]

فإذا كان الفصل يسيراً فلا يضر، وهذا هو المذهب عند الشافعية[2]، والمالكية[3]؛ لأنهم يشترطون الفورية والموالاة، ولا يضر الفصل بين الإيجاب والقبول مهما طال عند الحنفية[4]، والحنابلة[5]، إذا لم يفصل بينهما بكلام أجنبي عن العقد، وإذا فصل بينهما بكلام أجنبي لم ينعقد العقد حتى يعيد الموجب إيجابه. ويشترط الحنابلة مع المجلس الواحد أن لا يتشاغل العاقدان عن العقد بغيره.[6]

ولم يشترط قانون الأحوال الشخصية الفورية بين الإيجاب والقبول، فلو تراخى القبول عن الإيجاب لصح ذلك وهذا هو المذهب عند الحنفية والحنابلة[7]. واشتراط القانون أن يتم الإيجاب والقبول في مجلس واحد ومعنى ذلك أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبدانهما، ويحدد طبيعة التفرق: العرف الشائع بين الناس في التعامل، وهذا هو المذهب

---

[1] – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الشحات منصور، ص37.

[2] – روضة الطالبين، النووي ،ج7،ص39.

[3] – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ج2، ص8، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة، 1395هـ–1975م. الفواكه الدواني، النفراوي،ج3،ص949.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني ، ج3، ص325. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص89.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص428. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، ج3،ص 168، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص428. الإقناع، الحجاوي، ج3،ص 168.

[7] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص119.

الشافعية[1] والحنابلة[2]، فقد جاء في المادة الرابعة عشر :(ينعقد الزواج بإيجاب وقبول من الخاطبين أو وكيليهما في مجلس العقد). وعند التدقيق نرى أن القانون قد أخذ برأي الحنابلة في هذه المادة، فهم أخذوا بخيار المجلس ولم يشترطوا الفورية بين الإيجاب والقبول.

المطلب الثالث: أثر العرف على تراخي القبول عن الإيجاب:

إذا كان العاقدان حاضرين، فيشترط أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فلو اختلف مجلس العقد فإن النكاح لا ينعقد، فلو أوجب أحدهما، فقام الآخر عن المجلس قَبْلَ القبول، أو انشغل بعمل يوجب اختلاف المجلس فإن النكاح لا ينعقد، والعرف هو الحَكَمُ فيما يعتبر إعراضاً عن العقد ومُنهياً للمجلس وما لا يعتبر[3]. فقد جاء في الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: "وإن تراخى الإيجاب عن القبول صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفا"[4]. وجاء في مواهب الجليل: "لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد العقد"[5]. وجاء في مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج في شرح: "فإن طال الذكر الفاصل لم يصح". قال: "إن الذي يحدد ما مدة الذكر الفاصل هو العرف، فإن كانت المدة بين الإيجاب والقبول تشعر بالإعراض عن القبول لم يصح النكاح. وبعد أن ذكر اختلاف فقهاء المذهب في الطول المانع من صحة العقد. عاد ورجح أن الأولى أن يضبط بالعرف"[6]. ولذلك رجح بعض الباحثين بأن المحكّم في الانقطاع بين الإيجاب والقبول هو ما عدّه الناس انقطاعاً، وكذلك التفرق بالأجساد في مجلس العقد[7].

وهذا هو الراجح، فإن الضابط فيما يكون تراخياً، وبالتالي انقطاعاً هو ما عده الناس في عرفهم انقطاعا، وذلك لأنه يتفق مع ما يحصل للناس في أيامنا هذه في عقودهم، ولأنه يتفق مع ما قرره فقهاؤنا من الاعتماد على العرف في ذلك.

[1] – المجموع، النووي، ج9، ص184.
[2] – المغني، ابن قدامة، ج4، ص7.
[3] – أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الشحات منصور، ص37.
[4] – الإقناع، الحجاوي، ج3،ص 168. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص18.
[5] – مواهب الجليل، الحطاب، ج6،ص30. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص240.
[6] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3،ص188، بتصرف.
[7] – أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله الحمدان،ص7.

المبحث الرابع: العدالة في الولي والشهود. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العدالة في الولي.

المطلب الثاني: العدالة في الشهود.

المطلب الثالث: أثر العرف في عدالة الولي والشهود.

المطلب الأول: العدالة في الولي.

العدالة لغة: ما قام في النفوس أَنه مُسْتقيم وهو ضِدُّ الجَوْر.[1]

العدالة اصطلاحا: أن يكون مجتنباً للكبائر، محافظاً على مروءته، وعلى ترك الصغائر، ظاهر الأمانة غير مغفل[2]. وعرفت أيضا بأنها: ملكة تحمل على ملازمة التقوى.[3]

وَالْعَادِلُ: من تكون حسناته غالبة على سيئاته.[4]

الولي في النكاح: هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه وهو الأب أو وصيه، والقريب العاصب، والمعتِق، والسلطان، والمالك.[5]

والولي العدل: هو الولي المجتنب لأسباب الفسق، القادر على تحصيل الخاطب الكفء الصالح في دينه لمن له عليها الولاية.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الولي، ولهم مذهبان:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[6]، والمشهور عند المالكية[7] إلى عدم اشتراط العدالة في الولي، وبالتالي ولاية الفاسق في النكاح صحيحة.

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج11، ص430.

[2] – الجامع لأحكام القرآن، القرطبي،ج3، ص396.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209.

[4] – مجلة الأحكام العدلية الْمَادَّةُ (1705)، ص344.

[5] – الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، ج4، ص19.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349. رد المحتار، ابن عابدين،ج3، ص54.

[7] – الفواكه الدواني، النفراوي، ج3، ص947. بداية المجتهد، ابن رشد ،ج2،ص12.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية[1]، والحنابلة[2] إلى أنه يشترط أن يكون الولي عدلاً.

أدلة كل مذهب.

أولا: أدلة القائلين بعدم اشتراط العدالة في الولي:

1. عموم قوله تعالى: (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ)[3] وقول الرسول ﷺ:(لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء)[4] من غير فصل وتفريق بين ولي عدل أو فاسق.[5]

2. إنَّ الفسقة لم يمنعوا من التزويج في العصور المفضَّلة، ولا فيما بعدها. فالناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد، وفيهم العدل والفاسق.[6]

3. ولأنّ هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي إليه وهو الشفقة، فإنَّ الوازع الطبعيّ أقوى من الوازع الشَّرعيِّ.[7]

4. ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه، فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل، ولهذا قبلنا شهادته.[8]

5. ولأنّ الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة، والمسلم الفاسق أحسن حالاً منه، فلأن يملك تزويج وليته أولى.[9]

---

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209. روضة الطالبين ، النووي ،ج7،ص64.

[2] – الإقناع ، الحجاوي، ج3،ص 173. الإنصاف، المرداوي،ج8،ص56.

[3] – سورة النور، آية32.

[4] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص133، رقمه: 14132. وهو حديث ضعيف كما جاء في نصب الراية، الزيلعي، ج3، ص199.

[5] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209.

[7] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209. المغني، ابن قدامة،ج7،ص355.

[8] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349. المغني، ابن قدامة،ج7،ص355.

[9] – المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ج16، ص159، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، مطبوع مع التكملة الأولى للسبكي، والتكملة الثانية للمطيعي.

ثانيا: أدلة القائلين باشتراط العدالة في الولي:

1. حديث ابن عباس قال: قال رسول الله : (لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان)[1] وفي رواية أخرى: عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: (لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)[2]. وجه الدلالة: أنه لا نكاح إلا بولي عدل، لأن المراد بالمرشد في الحديث هو العدل.[3]

2. الولاية من باب الكرامة، والفسق سبب الإهانة، ولهذا لم نقبل شهادته ولا ولايته.[4]

3. الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية، كالرق.[5]

4. ولأنَّ ولاية النِّكاح ولاية نظر، فلا تثبت لفاسق، كولاية المال.[6]

المناقشة والردود.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بعدم اشتراط العدالة في الولي.

1. رد على استدلالهم بعموم قوله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ)....: بأنه لا يلزم من عدم ذكر العدالة، ومن عدم التفصيل في الآية صحّة ولاية الفاسق؛ وإلاّ لأُبطلت جميع الشروط في الولي بحجة أنّ الآية لم تذكرها مع أنَّ بعضها ثابت بالإجماع – كالعقل– ؛ فإنّه ليس في الآية ما يدلّ على شيء منها سوى الذكوريّة باعتبار الخطاب للمذَّكر، وقد نازع في اشتراطه من استدلّ بها هنا كالحنفية.[7]

---

[1] – المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، ج1،ص166، رقمه،521، دار الحرمين، القاهرة ، 1415ه، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. وحسنه ابن حجر في فتح الباري ج9، ص191.

[2] – السنن الكبرى، البيهقي،ج7،ص112،رقمه: 14021. وهو موقوف على ابن عباس كما جاء في التلخيص الحبير، ابن حجر ،ج3،ص 352. وقال الألباني: صحيح موقوف، في كتابه مختصر إرواء الغليل، ص365.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209. المغني، ابن قدامة،ج7،ص355.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني ، ج3، ص349.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج7،ص355.

[7] – الولاية في النكاح، عوض العوفي، ج2، ص247.

2. رد على استدلالهم بأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره: بأنه يوجد فرق بين الولاية على نفسه والولاية على غيره، فإنَّ غاية ما في تزويجه نفسه أن يضرَّ بها، ويحتمل في حقِّ نفسه ما لا يحتمل في حقّ غيره؛ ولهذا يقبل إقراره على نفسه ولا تقبل شهادته لها.[1]

3. رد على استدلالهم بأن الكافر يملك تزويج ابنته الكافرة، فالفاسق أولى: بأن الكافر إن كان فاسقاً في دينه فإنه يوجد خلاف في ولايته على ابنته عندهم، وإن كان عدلاً في دينه لم يقدح فيه كفره لتساويه معها في الكفر.[2]

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين باشتراط العدالة في الولي.

رد على استدلالهم بحديث: (لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ....): بأنه لم يثبت بدون هذه الزيادة فكيف يثبت مع الزيادة، وعلى فرض ثبوت الزيادة، فالفاسق مرشد لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد – العقل – فكان هذا نفي الولاية للمجنون ولغير العاقل.[3]

الرأي الراجح.

بعد عرض الأدلة ومناقشتها يترجح لي عدم اشتراط العدالة. ومع ذلك فإنّ الولي العدل مقدم على الفاسق، وذلك لأنَّه لا يستوي في دين الله عدل وفاسق في درجة واحدة فضلاً عن أن يقدَّم فاسق على عدل؛ ولما في ولاية العدل للنكاح من تحقيق المصالح الدينيّة التي هي أعلى المصالح قدراً وأهمها خطراً، وأشرفها مقاماً. ولكن في حال عدم وجود العدل أو في حال عدم القدرة على تحديد العدل وذلك كما في زمننا فإنه يصعب تحديد من هو العدل، حتى وإذا أمكن تحديده فإننا نرهق كاهل القضاء في ذلك ونعقد عملية القضاء، وخاصة في أيامنا هذه مع كثرة عقود الزواج، وبالتالي فإنه لا مانع من ولاية الفاسق لعدم نهوض الدليل على بطلانه، ولأن الفاسق يُقَدر وضع خاطب ابنته، وهل يصلح زوج أم لا؟ حتى يدفع العار عنهم، ولأنّ شفقته عليها تمنع من التهور في قراره.

---

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص209

[2] – الولاية في النكاح، عوض العوفي، ج2،ص249.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص349.

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

اشترطت المادة العاشرة في الولي ثلاثة شروط، ونصها:(يشترط في الولي: أن يكون عاقلاً بالغاً، وأن يكون مسلماً إذا كانت المخطوبة مسلمة). ولم تشترط العدالة في الولي أخذا من المذهب الحنفي والمالكي.

المطلب الثاني: العدالة في الشهود.

العدالة في الشهود: هو أن يكون الشهود عدولا– أهلا– في التحمل والأداء.[1]

يشترط في الشهود عدة شروط منها: العدالة.

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الشهود على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[2] إلى أن العدالة ليست شرطاً في أهلية الشهادة، وبالتالي يصح العقد بشهادة الفاسقين.

المذهب الثاني: ذهب المالكية[3]، الشافعية[4] ، والحنابلة[5] إلى أنه يشترط في الشهود أن يكونوا عدولاً.

أدلة كل مذهب.

أولا: أدلة القائلين بعدم اشتراط العدالة في الشهود:

1. إنّ الشهادة تَحَمُّلٌ فصحت منه كسائر التحملات، أي حضور العقد حال التحمل لا يراعى فيه العدالة. [6]

---

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص10.

[2] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3،ص96. البحر الرائق، ابن نجيم،ج3،ص96. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3،ص402. المغني، ابن قدامة،ج7، ص337.

[3] – الذخيرة، القرافي، ج10، ص199.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج7، ص45. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص195. المغني، ابن قدامة،ج7، ص337.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7، ص337.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج7، ص337. الحاوي، الماوردي، ج9،ص60.

2. ولأنّ الإشهاد في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عند الجحود والإنكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول، بمعنى أن الصيانة تحصل بسبب حضورهما، وإن كان لا تقبل شهادتهما؛ لأن النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة، وإذا انعقد العقد بحضور من لا يقبل شهادته ثم أخبر به من تقبل شهادته جاز له الشهادة به بالتسامع.[1]

3. إنّ الفاسق من أهل الولاية فيزوج نفسه وعبده وابنته، فيكون من أهل الشهادة، لأن الشهادة من باب الولاية.[2]

ثانيا: أدلة القائلين باشتراط العدالة في الشهود:

1. قوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)[3] وجه الدلالة: لما شرط العدالة في الشهادة على الرجعة – وهي أخف – كان اشتراطها في النكاح أولى.[4]

2. حديث : (لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ)[5]. فهذا نص في اعتبار عدالة الشهود.[6]

3. النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقين عند ادعاء النكاح، فلم ينعقد بحضورهما ابتداءً كالمجنونين.[7]

4. الشهادة خبر يرجح فيها جانب الصدق على جانب الكذب، والرجحان إنما يثبت بالعدالة.[8]

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص96. الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص96. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص70.

[2] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص60. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص403، وص402 في التعليق في الحاشية أسفل الصفحة.

[3] – سورة الطلاق، آية2.

[4] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص60.

[5] – سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني، ج4، ص322، رقمه: 3532، مؤسسة الرسالة، تدقيق مكتب التحقيق بمركز التراث للبرمجيات. السنن الكبرى، البيهقي،ج7، ص124، رقمه: 14086، وحكم عليه في السنن الكبرى بأنه ضعيف والصحيح موقوف. وقال الذهبي إسناده صحيح كما جاء في أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد بن درويش بن محمد الحوت،ص325، رقمه: 1722، دار الكتب العلمية.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج7، ص337. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص42. الحاوي، الماوردي، ج9، ص60.

[7] – المغني، ابن قدامة، ج3، ص337.

[8] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3،ص402.

المناقشة والردود.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بعدم اشتراط العدالة في الشهود.

1. الرد على استدلالهم بأن حضور العقد حالَ تَحَمُّلٍ لا يراعى فيه العدالة: هذا فيه نظر، لأن الشهادة في عقد النكاح إن كانت تحملا فهي تأخذ حكم الأداء، من وجهين:

أحدهما: وجوبها في العقد كوجوبها في الأداء. فكما أن العدالة واجبة في الأداء فهي أيضا واجبة في التحمل.

والثاني: أن يراعى فيه حرية الشهود وإسلامهم وبلوغهم، كما يراعى في الأداء وإن لم تراعَ في تحمل غيره من الشهادات، فكذلك الفسق يجب أن يراعى في التحمل والأداء.[1]

2. الرد على استدلالهم بأن من كان شرطاً في عقد النكاح لم يراع فيه العدالة: رد على ذلك بأنّ العدالة تراعى في الشاهدين، وإن لم تراع في العاقدين، قياساً على الحرية التي تراعى في الشاهدين على عقد النكاح، وإن لم تراع حرية الزوجين، وكذلك فسق الشاهدين.[2]

3. الرد على استدلالهم بأن الفاسق من أهل الولاية، فيكون من أهل الشهادة: بأننا لا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة، لأن ذلك في الولاية التامة، والفاسق ولايته قاصرة، فلا يكون أهلاً للشهادة، إذ الشهادة متعدية إلى غيره فلا يكون أهلا لها.[3]

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين باشتراط العدالة في الشهود.

1. الرد على استدلالهم بقوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ....):بأن الشهادة على الرجعة مختلف فيها، فالجمهور[4] قالوا: بعدم اشتراط الشهادة على الرجعة، وحملوا الأمر على الندب والإرشاد، فضلا عن القول بأن العدالة شرط في الشهادة.

---

[1] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص60.

[2] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص60.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3،ص402، في التعليق في الحاشية أسفل الصفحة.

[4] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص401. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ج1، ص179، دار عالم الكتب، الرياض،1423هـ- 2003م، تعليق جمال مرعشلي. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج18، ص157. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي،ج4، ص282. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي، ص29، مكتبة دار البيان، دمشق.

2. الرد على استدلالهم بحديث : (لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ....): بأنه حديث مختلف فيه فقد حكم عليه بأنه ضعيف والصحيح أنه موقوف.[1]

ورد على هذا بأن الحديث وإن كان موقوفا إلا أنه صحيح.[2]

وفي نهاية المناقشة أقول: إن الخلاف بين الحنفية وبين الشافعية والحنابلة ليس كبيراً، لأن فقهاء الشافعية والحنابلة يصرحون بأن مرادهم بالعدالة أن يكون الشاهد مستور الحال، قال النووي:(ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح، والمستور من عرفت عدالته ظاهراً لا باطناً)[3].[4]

ويقول ابن قدامة: (وعلى كلتا الروايتين-كلا المذهبين الحنفي والشافعي- لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال؛ لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال).[5]

الرأي الراجح.

بعد عرض الأدلة أرجح ما قلته في التقريب بين المذهبين وهو أن يكون الشاهد مستور الحال، لأن النكاح يكون بين عامة الناس على اختلاف أماكن وجودهم وعيشهم، واعتبار العدالة الحقيقية بشروطها مما يشق على القضاة والمأذونين الشرعيين، فاكتفى بظاهر الحال.

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

لم يشترط قانون الأحوال الشخصية العدالة في الشهود، وهذا أخذ من المذهب الحنفي.

---

[1] – السنن الكبرى، البيهقي،ج7،ص124، رقمه: 14086.

[2] – مختصر إرواء الغليل، الألباني، ص365.

[3] – روضة الطالبين، النووي، ج7، ص46.

[4] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص131.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7، ص337. وقريب من هذا ما ورد في المبدع، ابن مفلح، ج7،ص42.

المطلب الثالث: أثر العرف في عدالة الولي والشهود.

إن المروءة المشترطة في العدالة تختلف اختلافاً كثيراً بحسب البقاع والأماكن والحال والزمان؛ لأنها من الأمور العرفية التي تختلف بذلك غالباً[1]. فمثلاً: كان مقرراً عند الأئمة المجتهدين في زمنهم وحسب أعرافهم: اسقاط شهادة من يمشي في الطريق مكشوف الرأس، أو من يأكل في الشارع، أو حليق اللحية، ونحو ذلك، مما تغير به العرف، وعمت به البلوى في عصرنا، فهل نجمد على ما نص عليه الأولون، ونسقط شهادة هؤلاء جميعاً، ونعطل مصالح العباد؟ أو نعتبر هذه الأحكام خاصة بزمانهم وبيئتهم؟ لا شك أن الثاني هو الصحيح.[2]

ويشترط أيضاً في العدل أن يكون ظاهر الأمانة غير مغفل كما جاء في تعريف القرطبي الذي سبق ذكره، وهذا يختلف اختلافاً كبيراً باختلاف عادات وأعراف الناس بحسب أزمنتهم وأماكن عيشهم.

---

[1] – أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله الحمدان،ص7. أصول الفقه، شلبي، ص339.

[2] – الموافقات، الشاطبي،ج2، ص489. السياسة الشرعية، القرضاوي، ص289.

المبحث الخامس: الكفاءة في الزواج. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الكفاءة لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: حكم الكفاءة والجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة وأثر العرف فيه.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة وأثر العرف فيها.

المطلب الرابع: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثر العرف فيها.

المطلب الأول: الكفاءة لغة واصطلاحا.

الكفاءة لغة: النظير والمُساوِي.[1]

الكفاءة اصطلاحا:

عرفها الحنفية: بأنها مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة.[2]

وعرفها المالكية: بأنها المماثلة والمقاربة في التدين، والحال (أي السلامة من العيوب الموجبة للخيار).[3]

وعرفها الشافعية: بأنها أمر يوجب عدمه عاراً.[4]

وعرفها الحنابلة: أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وبيتها.[5]

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج1، ص139.

[2] – الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة، محمد علاء الدين بن علي الحصكفي، ج3، ص84، دار الفكر، بيروت، 1386ه.

[3] – الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص248.

[4] – حاشية قليوبي،ج3، ص234. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص219.

[5] – المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله،ج1، ص321، المكتب الإسلامي، بيروت ، 1401هـ– 1981م، تحقيق: محمد بشير الأدلبي. لسان العرب، ابن منظور، ج1، ص139.

المطلب الثاني: حكم الكفاءة والجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة وأثر العرف فيه.

اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في النكاح إلى الأقوال التالية:

أولا: ذهب الحنفية[1] والحنابلة[2] إلى أنه يجب اعتبارها فيجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء.

وذهبوا إلى أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال؛ لأنّ النصوص وردت باعتبارها في جانب الرجال خاصة، فإن النبي ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حيي رضي الله تعالى عنها.[3]

ثانيا: اختلف الرأي عند المالكية: قال خليل[4] والدردير[5]: للمرأة وللولي تركها، أي الكفاءة، وتزويجها من فاسق يؤمن عليها منه، وإلا رده الإمام وإن رضيت، لحق الله تعالى؛ حفظاً للنفوس وكذا تزويجها من معيب، لكن السلامة من العيوب حق للمرأة، وليس للولي فيه كلام.[6]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص267.

[2] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص46. الإنصاف، المرداوي ،ج8، ص80. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص267.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص46. الإنصاف، المرداوي ،ج8، ص80. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص267.

[4]– خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، فقيه مالكي، من أهل مصر. كان يلبس زي الجند. تعلم في القاهرة، وولي الافتاء على مذهب مالك، وتوفي عام776هـ وقيل767هـ. له، المختصر في الفقه، يعرف بمختصر خليل، وقد شرحه كثيرون، وترجم إلى الفرنسية، والتوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب، والمناسك. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (المالكي)،لابن فرحون، ص115، طبع بمصر 1351 هـ. الأعلام، الزركلي، ج2،ص315. معجم المؤلفين، كحالة،ج4،ص113. موسوعة الأعلام، موقع وزارة الأوقاف المصرية،ج1، ص200.

[5] – أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير، فاضل، من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة عام 1201 هـ، من كتبه: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ومنح التقدير في شرح مختصر خليل. تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار، عبد الرحمن بن حسن الجبرتي،ج2،ص 33، دار الجيل، بيروت. الأعلام، الزركلي، ج1،ص244. معجم المؤلفين، كحالة،ج2،ص67. موسوعة الأعلام، وزارة الأوقاف المصرية،ج1،ص213.

[6] –الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249. مواهب الجليل، الحطاب،ج5،ص106.

وقال الدسوقي[1]: حاصل ما في المسألة أن ظاهر منع تزويجها من الفاسق ابتداء وإن كان يؤمن عليها منه وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به، وهو ظاهر؛ لأن مخالطة الفاسق ممنوعة، وهجره واجب شرعا، فكيف بخلطة النكاح.[2]

ثالثا: ذهب الشافعية إلى اعتبارها في النكاح لا لصحته غالباً بل لكونها حقا للولي والمرأة فلهما إسقاطها، أي الكفاءة، ويكره التزويج من غير كفء عند الرضا إلا لمصلحة[3].

أثر العرف في اعتبار الكفاءة للمرأة في جانب الرجل:

إن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، لأنها تعير بذلك في عرف الناس؛ ولأن النكاح وضع لتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً، يسره ما يسرك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، وقد لاحظ العرف أنه لا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب، ونحو ذلك، فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده، وهذا كله لوحظ بالعرف والعادة الجارية بين الناس.

أما الزوج فلا يغيضه دناءة الفراش عادة كما هو ظاهر في عادات الناس وأعرافهم، ذلك أن العار لا يلحق الرجل وأسرته إذا تزوج من خسيسة، وهو يلحق المرأة وأسرتها إذا تزوجت من خسيس، ولأنّ الرجل الرفيع في نظر الناس وأعرافهم يرفع امرأته، والمرأة لا ترفع خسيسة زوجها إن كانت رفيعة.

[1] – محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من علماء العربية. من أهل دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة عام1230هـ. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب منها: الحدود الفقهية، وحاشية على مغني اللبيب ، وحاشية على السعد التفتازاني، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل. عجائب الآثار، الجبرتي،ج3،ص 497. هدية العارفين، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي،ج2،ص357. حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار،ج2، ص40. الأعلام، الزركلي، ج6،ص17. معجم المؤلفين، كحالة،ج8، ص292. موسوعة الأعلام، وزارة الأوقاف المصرية،ج1،ص217.

[2] – حاشية الدسوقي، ج2،ص250.

[3] – حاشية قليوبي، ج3، ص234. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص267.

كما لوحظ من أعراف الناس وعاداتهم أن الرجل يملك الطلاق في كل وقت لما أعطاه الشارع، فيستطيع دفع المغبة عن نفسه، بخلاف المرأة فلا تستطيع ذلك إلا في أحوال استثنائية وبطلب من القاضي. وبالتالي اعتبرت الكفاءة في جانب الرجال للنساء.[1]

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

الجانب الذي تعتبر له الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية هو النساء لا الرجال، فقد جاء في المادة العشرين: (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة). وهذا ما قرره المذهب الحنفي والحنبلي. وهذا مراعاة للعرف كما ذكرت في الفقرة السابقة في أثر العرف في اعتبار الكفاءة للمرأة في جانب الرجل.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة وأثر العرف فيها.

مذاهب الفقهاء.

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة، وهل هي - في حال اعتبارها - شرط صحة أو شرط لزوم؟ إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الكرخي[2]، وسفيان الثوري[3]، والحسن البصري، إلى عدم اعتبار الكفاءة مطلقاً، وقالوا: إنها ليست بشرط في النكاح أصلا، لا شرط صحة للزواج ولا شرط لزوم، فيصح الزواج ويلزم

[1] - بدائع الصنائع، الكاساني، ج3،ص583 وص573. الدر المختار، الحصكفي، ج3، ص84. رد المحتار، ابن عابدين،ج3،ص84.المغني، ابن قدامة، ج7،ص374. تأثير العرف في تحديد معنى [الكفاءة] في الزواج ، د. مروان محمد محروس المدرس الأعظمي،ص7، الندوة الثالثة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الهندي . الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص267. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر،ص102. الأحوال الشخصية، أبو زهرة،ص142. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي،ص123.

[2] -عبيد الله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن، فقيه، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق، مولده في الكرخ260هـ، ووفاته ببغداد340هـ، له " رسالة في الاصول التي عليها مدار فروع الحنفية " و " شرح الجامع الصغير " و " شرح الجامع الكبير ". شذرات الذهب، العكري،ج2، ص358. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد،ج2،ص340، الناشر: مير محمد كتب خانه ، كراتشي. الأعلام، الزركلي،ج4،ص193.

[3] - سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من بني ثور بن عبد مناة، من مضر، أبو عبد الله، أمير المؤمنين في الحديث. كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى. ولد ونشأ في الكوفةعام97هـ، وراوده المنصور العباسي على أن يلي الحكم، فأبى، وخرج من الكوفة سنة 144 هـ فسكن مكة والمدينة، ثم طلبه المهدي، فتوارى، وانتقل إلى البصرة فمات فيها مستخفياعام161هـ. له من الكتب (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) كلاهما في الحديث، وكتاب في (الفرائض) وكان آية في الحفظ، من كلامه: ما حفظت شيئا، فنسيته. وفيات الأعيان، ابن خلكان،ج2،ص 386. طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، ج1،ص84، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1970م، المحقق: إحسان عباس. الأعلام، الزركلي،ج3،ص105.

سواء أكان الزوج كفؤاً للزوجة أم غير كفء.[1]

القول الثاني: ذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، إلى أن الكفاءة تعتبر للزوم النكاح لا لصحته، فيصح النكاح مع فقدها؛ لأنها حق للمرأة وللأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم.
القول الثالث: ذهب الحنفية[5] في رواية الحسن المختارة للفتوى، وأحمد في رواية[6]، إلى أن الكفاءة تعتبر وهي شرط في صحة النكاح.

أدلة كل مذهب.

أولا: أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة مطلقا.

1. قول الرسول ﷺ: (لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى)[7]. فهو يدل على المساواة المطلقة، وعلى عدم اشتراط الكفاءة، ويدل له قوله تعالى: (إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)[8].[9]

---

[1] – المبسوط، السرخسي، ج5، ص22. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573. الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3،ص114. فتح القدير، الكمال ابن الهمام،ج3،ص293.

[2] – حاشية الدسوقي، ج2، ص250.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص219. حاشية قليوبي،ج3،ص234،

[4] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص45. الانصاف، ج8،ص80.

[5] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص 84.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص371.

[7] مسند الإمام أحمد، ج5، ص411، رقمه: 23536، وصحح إسناده شعيب الأرنؤوط في تعليقه على المسند. وحكم عليه بأنه صحيح في تخريج أحاديث شرح العقيدة الطحاوية، محمد ناصر الدين الألباني، ص406، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ. وجاء أيضا في أرشيف ملتقى أهل الحديث – 2: بأنه حديث صحيح.

[8] – سورة الحجرات، آية 13.

[9] – المبسوط، السرخسي، ج5، ص22. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573.

2. قول الرسول ﷺ: (يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه)[1] أمرهم النبي ﷺ بالتزويج عند عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة لما أمر؛ لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به.

ويؤكده أن أبا حذيفة، وكان ممن شهد بدراً مع رسول الله ﷺ تبنى سالماً وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار[2]. وكذلك أمر النبي ﷺ امرأة قرشية هي فاطمة أخت الضحاك بن قيس، وهي من المهاجرات الأول أن تتزوج أسامة قائلاً لها: انكحي أسامة[3].[4]

3. الدماء متساوية في الجنايات، فيقتل الشريف بالوضيع، والعالم بالجاهل، فيقاس عليها عدم الكفاءة في الزواج، فإن كانت الكفاءة غير معتبرة في الجنايات، فلا تكون معتبرة في الزواج بالأولى.[5]

ثانيا: أدلة القائلين بأن الكفاءة شرط في لزوم الزواج.

1. من السنة:

أ- قول الرسول ﷺ:(لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء)[6].

ب- وقول الرسول ﷺ:(ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت لها كفء)[7].

[1] - سنن أبي داود،ج2، ص197، رقمه: 2104. المستدرك، الحاكم النيسابوري،ج2،ص178، رقمه: 2693، مع الكتاب، تعليقات الذهبي في التلخيص، وقد علق عليه الذهبي في التلخيص: بأنه على شرط مسلم. وحكم عليه بأن إسناده جيد في سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، ج3، ص973، دار الفكر،1423هـ- 2003م، يشمل على: آراء الألباني، والشيخ البسام، تحقيق: حازم علي القاضي. وقال الألباني: حديث حسن، في كتاب صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.

[2] - الجامع الصحيح، البخاري، ج5، ص104، رقمه: 4000.

[3] - الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص195، رقمه: 3770.

[4] - المبسوط، السرخسي، ج5، ص22. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573.

[5] - بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573. المبسوط، السرخسي، ج5، ص23.

[6] - سبق تخريجه، ص71.

[7] - سنن الترمذي، ج3، ص387، رقمه: 1075، وضعفه الألباني في حكمه على سنن الترمذي.

ت- وقول الرسول ﷺ:(الناس معادن كمعادن الذهب والفضة، خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام، إذا فقُهوا)[1].

ث- وحديث: (عَنْ عَائِشَةَ، أن فتاة، دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني بن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم أللنساء من الأمر شيء ؟)[2].[3]

2. المعقول: أن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والنكاح شرع لانتظامها، ولا تنتظم المصالح بين غير المتكافئين؛ لأن الشريفة تأبى العيش مع الخسيس، فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل، لا من جانب المرأة؛ لأن الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة، وللعادة والعرف سلطان أقوى وتأثير أكبر على الزوجة، فإذا لم يكن زوجها كفئاً لها، لم تستمر الرابطة الزوجية، وتتفكك عُرى المودة بينهما، ولم يكن للزوج صاحب القوامة تقدير واحترام. وكذلك أولياء المرأة يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم، ويعيرون به، فتختل روابط المصاهرة أو تضعف، ولم تتحقق أهداف الزواج الاجتماعية، ولا الثمرات المقصودة من الزوجية.[4]

---

[1] - الجامع الصحيح، البخاري، ج4،ص182، رقمه: 3383. الجامع الصحيح، مسلم، ج8، ص41، رقمه: 6877.

[2] - سنن النسائي،ج6،ص86، رقمه: 3269، قال الألباني: ضعيف شاذ، في حكمه على سنن النسائي. سنن ابن ماجة، ج3، ص73، رقمه: 1874. قال أبو عبد الرحمن: هذا الحديث يوثقونه، انظر: سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ج3، ص284، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى ، 1411 هـ- 1991م، تحقيق : د.عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن. تعليق شعيب الأرنؤوط : حديث صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين إلا أنه قد اختلف فيه على كهمس بن الحسن، انظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج6، ص136.

[3] - المبسوط، السرخسي، ج5، ص22. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573. المغني، ابن قدامة،ج7،ص371.

[4] - بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص573. الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، وهبة الزحيلي، ج9، ص220، دار الفكر، دمشق، ط4. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج34، ص269.

ثالثا: أدلة القائلين بأن الكفاءة شرط في صحة الزواج.

1. قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (لأمنعن لذوات الأحساب فروجهن إلا من الأكفاء)[1].[2]

2. قول سلمان رضي الله عنه: (ثِنْتَانَ فَضَلْتُمُونَا بِهَا يَا مَعْشَرَ الْعَرَبِ: لاَ نَنْكِحُ نِسَاءَكُمْ، وَلاَ نَؤُمُّكُمْ)[3].[4]

3. ولأنّ التزوج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه، فلم يصح، كما لو زوجها بغير إذنها.[5]

المناقشة والردود.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة مطلقا.

1. رد على استدلالهم بقول الرسول ﷺ: (لا فضل لعربي....): المراد به أحكام الآخرة إذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا، فيحمل على أحكام الآخرة.[6]

أو بأن الناس متساوون في الحقوق والواجبات، وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى، أما فيما عداها من الاعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعاداتهم، فلا شك في أن الناس يتفاوتون ويتفاضلون فيها، فهناك تفاضل في الرزق والثروة: (وَاللّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْرِّزْقِ)[7]، وهناك تفاضل في العلم يقتضي التكريم: (يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ

---

[1] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص133، رقمه: 14135 . مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني،ج6، ص152، رقمه: 10324، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. حكم عليه بأنه ضعيف، في أرشيف ملتقى أهل الحديث – 2، رقمه: 1867.

[2] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص371. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص45.

[3] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص134، رقمه: 14140. لم أعثر على حكم له.

[4] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص371. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص45.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص371. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص45.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص574.

[7] – سورة النحل، آية71.

وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ)[1]، وما يزال الناس يتفاوتون في منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية والعلمية، وهو مقتضى الفطرة الإنسانية، والشريعة لا تصادم الفطرة والأعراف والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه.[2]

2. ورد على استدلالهم بالأحاديث (يا بني بياضة أنكحوا.....): بمعارضتها بأحاديث أخرى تتطلب الكفاءة فتكون محمولة على الندب والأفضل، وبأن التسوية بين العرب وغيرهم إنما هو في أحكام الآخرة، أما في الدنيا فقد ظهر فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا.[3]

3. ورد على استدلالهم بأن الدماء متساوية في الجنايات: بأنه قياس مع الفارق المؤثر؛ لأن القصاص شرع لمصلحة الحياة حتى لا يتجرأ ذو الجاه أو النسب على قتل من دونه ممن لا يكافئه، واعتبار الكفاءة فيه يؤدي إلى تفويت هذه المصلحة؛ لأن كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه، فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص، وأما الكفاءة في الزواج فلتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة مع المودة والألفة بينهما، ولا تتحقق تلك المصالح إلا باشتراط الكفاءة.[4]

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بأن الكفاءة شرط في لزوم الزواج.

1. رد على استدلالهم بقول الرسول ﷺ:(لا تنكحوا النساء الا الأكفاء ..). وقوله :(ثلاث لا تؤخرها....): هذه الأحاديث غير صالحة للاحتجاج بها لضعفها، كما ذكرت عند تخريج الأحاديث.[5]

---

[1] – سورة المجادلة، آية 11.

[2] – الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج9، ص217.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص574. الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج9، ص218.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص574.

[5] – انظر ص84.

2. رد على استدلالهم بقول الرسول ﷺ:(خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام، إذا فقُهوا): الحديث وإن دلَّ على فضل من ذكر، لكن ليس فيه دليل على أن الأدنى ليس كفؤاً للأعلى.[1]

3. رد على استدلالهم بحديث: (إن أبي زوجني بن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة....): بأن هذا راجع إلى عدم رضا المرأة، وعدم جواز إجبار الأولياء من يتولون أمرهن على النكاح.[2]

ثالثا: مناقشة أدلة القائلين بأن الكفاءة شرط في صحة الزواج.

1. يرد على استدلالهم بالأثر المروي عن عمر: بأنه غير صالح للاحتجاج به لضعفه كما ذكرت عند تخريج الأثر[3]. وبأن هذا اجتهاد من عمر، والدليل على ذلك معارضته لأحاديث لم تعتبر الكفاءة، منها الأحاديث التي ذكرتها في أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة مطلقا.

2. يرد على استدلالهم بالأثر المروي عن سلمان: بأن هذا رأي له، والدليل على ذلك معارضته لأحاديث لم تعتبر الكفاءة، منها الأحاديث التي ذكرتها في أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة مطلقا.

الرأي الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح لي بأنّ الكفاءة شرط في لزوم الزواج، وهو ما ذهبت إليه المذاهب الأربعة؛ وذلك لأن أدلتهم أقوى وأسلم، ولأنّ ذلك أدعى لأن تستقر الأسر عندما يكون الرجل كفؤاً للمرأة وبالتالي استقرار المجتمع ككل فالشريفة تأبى العيش مع الخسيس، فلا بد من اعتبار الكفاءة؛ لأنّ الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة، وللعادة والعرف سلطان أقوى وتأثير أكبر على الزوجة، فإذا لم يكن زوجها كفؤاً لها، لم تستمر الرابطة الزوجية، وتتفكك عُرى المودة بينهما، ولم يكن للزوج صاحب القوامة تقدير واحترام. وكذلك أولياء المرأة يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم، كما هو ملاحظ في أعراف الناس وعاداتهم.

---

[1] – الروضة الندية شرح الدرر البهية، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي، ج2،ص6، دار المعرفة.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص106.

[3] – انظر ص86.

ولأنّ هذا القول يقتضي بأن الكفاءة حق للمرأة وأوليائها، وليس حقاً خالصاً لله، فإذا رضيت المرأة وأولياؤها بغير الكفء، صح النكاح، لأن الكفاءة حقهم، وقد اسقطوه، فالإسلام يجيز كل عقد زواج يقوم بين رجل وامرأة، وإن كان الرجل غير كفء للمرأة مادامت قد رضيت هي وأولياؤها بغير الكفء.

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

الكفاءة في الزواج في قانون الأحوال الشخصية شرط لزوم، فقد جاء في المادة العشرين: (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة...). وهذا ما قررته المذاهب الأربعة، ومعنى كونه شرط لزوم أن عقد الزواج يكون لازماً إذا كان الزوج كفؤاً، فإن لم يكن كفؤاً فإن العقد ليس بلازم، ويجوز لمن لم يرض من الأولياء، وكذلك المرأة فسخ العقد بطلب من القاضي[1]. وهذا مراعاة للعرف كما ذكرت في الفقرة السابقة في الترجيح.

[1] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر ،ص103.

المطلب الرابع: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثر العرف فيها.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة.

المسألة الثانية: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة.

المسألة الأولى: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة.

اختلف الفقهاء في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة بين الزوجين على النحو التالي:

أولا: التدين: المراد به الصلاح والاستقامة على أحكام الدين.

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، إلى أن من خصال الكفاءة التدين، فليس الفاجر والفاسق كفئاً لعفيفة أو صالحة. وقد استدلوا بقيام الدليل على عدم المساواة، قال تعالى: (أَفَمَن كَانَ مُؤْمِناً كَمَن كَانَ فَاسِقاً لَّا يَسْتَوُونَ)[5]، وقوله تعالى: (الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً)[6].

ولأن الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولاية، فلا يجوز أن يكون كفؤاً لمتدينة ولا مساوياً لها، وإنما يكون كفؤاً لمثله.[7]

وذهب محمد بن الحسن: إلى عدم اعتبار الكفاءة في الدين؛ لأن هذا من أمور الآخرة، والكفاءة من أحكام الدنيا، فلا يقدح فيها الفسق إلا إذا كان شيئاً فاحشاً، بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع، فإن كان ممن يهاب منه، بأن كان أميراً قتالاً فإنه يكون كفؤاً لأن هذا الفسق لا يعد شيئاً في العادة، فلا يقدح في الكفاءة.[8]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص581.

[2] – الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223. الحاوي، الماوردي، ج9، ص101. نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي،ج1،ص311، دار الفكر، بيروت.

[4] –المطلع، أبو الفتح البعلي،ج1،ص321. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص47. المغني، ابن قدامة، ج7، ص374.

[5] – سورة السجدة، آية18.

[6] – سورة النور، آية3.

[7] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص47.

[8] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582.رد المحتار، ابن عابدين،ج3،ص88. الحاوي، الماوردي، ج9،ص101.

ثانيا: النسب.

ذهب الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]: إلى أن من خصال الكفاءة النسب، وعبر عنه الحنابلة بالمنصب ، واستدلوا على ذلك: بقول عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (لأَمْنَعَنَّ لِذَوَاتِ الأَحْسَابِ فُرُوجَهُنَّ إلاَّ مِنَ الأَكْفَاءِ)[4].[5]

ولأنّ العرب يعدون الكفاءة في النسب، ويأنفون من نكاح الموالي، ويرون أن ذلك نقصاً وعاراً، فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف.[6]

وذهب مالك[7]: إلى عدم اعتبار النسب في الكفاءة، لقول الله تعالى في التنزيل: (إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)[8].

ثالثا: الحرية.

ذهب الحنفية[9]، والشافعية[10]، والحنابلة[11]: إلى أن الحرية من خصال الكفاءة، فلا يكون العبد كفؤاً لحرة ولو كانت عتيقة؛ لأنه منقوص بالرق، ممنوع من التصرف في كسبه، غير مالك له، ولأن الأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء كما يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب والحسب.[12]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص576.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص222. الحاوي، الماوردي، ج9، ص102. نهاية الزين، ابن نووي الجاوي،ج1،ص311.

[3] – المطلع، أبو الفتح البعلي،ج1،ص321. المغني، ابن قدامة، ج7، ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7، ص47.

[4] – سبق تخريجه، ص86.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص47.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص47.

[7] –الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي،ج4،ص214، دار الغرب، بيروت، 1994م، تحقيق: محمد حجي. الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2،ص16

[8] – سورة الحجرات، آية 13.

[9] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص580.

[10] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص221. الحاوي، الماوردي، ج9، ص104.

[11] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص48.

[12] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص580.

واستدلوا: بقوله تعالى : (ضَرَبَ اللّهُ مَثَلاً عَبْداً مَّمْلُوكاً لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَن رَّزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرّاً وَجَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لاَ يَعْلَمُونَ)[1] فمنع من المساواة بين الحر والعبد[2]. وبما روى عروة عن عائشة أن بريرة أعتقت فخيرها رسول الله ﷺ وكانت تحت زوج عبد[3]. فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية بعد العتق فبالحرية المقارنة (الأصلية) أولى.[4]

واختلف المالكية في كفاءة العبد للحرة أو عدمها على رأيين: فأجاز ابن القاسم[5] نكاح العبد عربية[6]، ورجح الدردير عدم كفاءة العبد للحرة ، وقال الدسوقي: إنه المذهب.[7]

رابعا: الحرفة: والمراد بها العمل الذي يمارسه الإنسان لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة.

ذهب الحنفية[8] – في المفتى به– وهو قول الصاحبين، والشافعية[9]، والحنابلة[10]: إلى اعتبار الحرفة في الكفاءة في النكاح. فلا يكون صاحب حرفة دنيئة كالحجام، والحائك، والزبال، والحارس، والراعي، كفؤاً لبنت صاحب صناعة جليلة أو رفيعة كالتاجر والبزاز، أي الذي يتجر في البَزّ وهو القماش، والخياط، ولا تكون بنت التاجر والبزاز كفئاً لبنت العالم والقاضي، لأن ذلك نقصاً في عرف الناس.

---

[1] – سورة النحل، آية 75.

[2] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص104.

[3] – الجامع الصحيح، البخاري،ج7، ص61، رقمه: 5279.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص221. المغني، ابن قدامة،ج7،ص374. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص48.

[5] – أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي بالولاء، الفقيه المالكي؛ جمع بين الزهد والعلم وتفقه بالإمام مالك رضي الله عنه ونظرائه، وصحب مالكاً عشرين سنة، وانتفع به أصحاب مالك بعد موت مالك، وهو صاحب " المدونة " في مذهبهم، وهي من أجل كتبهم، وعنه أخذها سحنون. وتوفي سنة 191هـ. وفيات الأعيان، ابن خلكان، ج3، ص129. الأعلام، الزركلي، ج3، ص323.

[6] – الذخيرة، القرافي،ج4،ص213.

[7] – حاشية الدسوقي، ج2، ص250. الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص250.

[8] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582. الإختيار، ابن مودود الموصلي،ج3،ص112.

[9] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223. الحاوي، الماوردي، ج9، ص105.

[10] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص48. المغني، ابن قدامة، ج7، ص374.

واستدلوا بقوله تعالى : (وَاللّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْرِّزْقِ)[1]، أي في سببه، فبعضهم يصل إليه بعز وراحة، وبعضهم بذل ومشقة؛ ولأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها.[2]

وذهب المالكية[3]: إلى أن الحرفة لا تعتبر من خصال الكفاءة في النكاح؛ إذ الكفاءة عندهم في الدين والحال. وإلى هذا ذهب أبو حنيفة[4].

والمعتبر في تصنيف الحرف هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن، ثم تصبح شريفة في زمن آخر. وقد تكون الحرفة وضيعة في بلد، وتكون رفيعة في بلد آخر.[5]

خامسا: المال أو اليسار.

المراد به القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء، فلا يكون المعسر كفؤاً لموسرة. والمراد بالمهر قدر المعجل عرفاً وعادة[6].

ذهب الحنفية[7]، والحنابلة[8]، إلى اعتبار المال من خصال الكفاءة ، فلا يكون الفقير كفئاً للغنية. لقول رَسُولُ اللهِ ﷺ: (الْحَسَبُ الْمَالُ، وَالْكَرَمُ التَّقْوَى)[9].وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: معاوية فصعلوك لا مال له[10]. ولأنّ التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة، ولأنّ

[1] – سورة النحل، آية 71.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223.

[3] – الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582. الإختيار، ابن مودود الموصلي،ج3،ص112.

[5] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص105. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223.شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي127. الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي،ج9، ص234.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص581.

[7] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582.

[8] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص48.

[9] – سنن الترمذي،ج5، ص390، رقمه: 3271، وحسنه الألباني في حكمه على سنن الترمذي. سنن ابن ماجة،ج5،ص301، رقمه: 4219. تعليق شعيب الأرنؤوط: حسن لغيره وهذا إسناد ضعيف، انظر: مسند الإمام أحمد ، ج5، ص10، رقمه: 20114

[10] – الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص195، رقمه:3770.

الفقر يعد نقصا في عرف الناس، ويتفاضلون في المال كتفاضلهم في النسب وأبلغ، فكان من شروط الكفاءة كالنسب.[1]

وقال الشافعية[2] في الأصح والمالكية[3]: لا يعد اليسار في خصال الكفاءة؛ لأن المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[4]. ولأن الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ: (اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا)[5].[6]

سادسا: السلامة من العيوب.

ذهب المالكية[7]، والشافعية[8]، إلى اعتبار السلامة من العيوب من خصال الكفاءة، والعيوب المعتبرة عندهم: الجنون والجذام والبرص. فمن كان به عيب منهما سواء أكان رجلاً أو امرأةً ليس كفؤاً للسليم من العيوب؛ لأنّ النفس تعاف صحبة من به بعضها، ويختل بها مقصود النكاح.[9]

وقال الحنفية[10] والحنابلة[11]: لا تعتبر في الكفاءة السلامة من العيوب، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها؛ لأن الضرر مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون.

الرأي الراجح: إنّ عامة الصفات المعتبرة في الكفاءة من الأمور الخاضعة للعرف سوى التدين، فما عدّه الناس نقصاً وعيباً فهو من خصال الكفاءة وما لا فلا، وذلك لأن استمرار الحياة الزوجية يستلزم

---

[1] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص48. المغني، ابن قدامة، ج7، ص374. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص582. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص224.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص224.

[3] – الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2،ص16.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص224.

[5] – سنن الترمذي،ج4، ص577، رقمه: 2352، وحسنه الألباني في حكمه على سنن الترمذي. سنن ابن ماجة،ج5،ص240، رقمه: 4126.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص374.

[7] – الشرح الكبير، الدردير، ج2،ص249.

[8] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص221. نهاية الزين، ابن نووي الجاوي،ج1،ص311.

[9] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص221.

[10] – رد المحتار، ابن عابدين،ج3، ص93.

[11] –المغني، ابن قدامة،ج7، ص374.

وجود تقارب في الصفات بين الزوجين حسب أعرافهم وظروف حياتهم، وما قرره الفقهاء من خصال الكفاءة كان انطلاقا من أعرافهم، فإذا تغير العرف تغيرت صفات الكفاءة.

ويقول وهبة الزحيلي في تعليقه على كلام المالكية: (وهذا حكاية لعرف الناس في عصره، وليس أمراً مقرراً في الشرع. وإن هذا الرأي خاص بالدسوقي، فإن مبادئ الشريعة تناقض هذا القول إذ لا تفرقة في أحكامها بين الناس بسبب اللون، وما اعتمده من عرف مصر هو عرف فاسد، لمصادمته مبادئ الشريعة، أو أنه مجرد أهواء نفسية وميول خاصة لا يقرها الشرع؛ لأن الناس سواء في دين الله تعالى).[1]

المسألة الثانية: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة.

وفيها فرعان:

الفرع الأول: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة عند الفقهاء.

الفرع الثاني: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الوقت الحاضر.

الفرع الأول: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة عند الفقهاء.

إن اختلاف أئمة المذاهب حول خصال الكفاءة، بل واختلاف أئمة المذهب الواحد حول هذه الخصال دليل على أن ما يعتبر من الكفاءة هي مسألة نسبية مختلف عليها، يعود تقديرها الى أعراف الناس وإلى طبيعة الزمان والمكان.

وإن خصال الكفاءة لم يتم تحديدها كما حددت مصارف الزكاة الواردة في آية الزكاة، وبالتالي كانت مثار خلاف بين الفقهاء، وتحديد ما يعتبر منها كان مصدره الأساسي هو ما تعارف عليه الناس، ولذا اختلفت أحكام الكفاءة باختلاف البقاع والأزمان. وقد ظهر ذلك بوضوح عند حديثي عن الأوصاف المعتبرة في الكفاءة كيف أن العرف كان له تأثير كبير.

وإليك بعض الصور والنصوص التي أشار الفقهاء فيها إلى هذه الحقيقة:

[1] – الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج9، ص230.

فقد جاء في بدائع الصنائع: بمناسبة الكلام عن الكفاءة في الحرفة، فقد أشار إلى رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله، إلى كونها عرفية، فقال: (وأما الحرفة، فقد ذكر الكرخي أن الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند أبي يوسف، فلا يكون الحائك كفؤاً للجوهري والصيرفي، وذكر أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف، فلا يعيرون بها، وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة، فيعيرون بالدنيء من الصنائع، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة)[1].

ففي هذا النص إشارة واضحة إلى أن الإمام الأعظم أبا حنيفة النعمان رضي الله عنه، قد بنى الأمر على عرف العرب في ذلك الزمان، فإذا تغير الزمان فلا مانع من تغير الحكم مادام الحكم قد بني على العرف، وكذلك نرى الإمام أبا يوسف قد بنى الحكم على عادة أهل البلاد.

وجاء في فتح القدير: (فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمنا - أي بالأدلة المذكورة سابقاً- فيمكن ثبوت تفصيلها بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به)[2].

وجاء في مغني المحتاج، بمناسبة الكلام عن الكفاءة في الحرفة : (فكَنَّاسٌ وحجام وحارس وراع وقَيِّمُ الحمام ونحوهم كحائك، ليس كفؤاً لبنت خياط، والظاهر أن هؤلاء أكفاء لبعضهم البعض، ولم أر من تعرض لذلك. ولا خياط لبنت تاجر أو بنت بزاز، والظاهر أن كلا منهما كفؤا للآخر، ولا تكون بنت التاجر والبزاز كفؤاً لبنت العالم والقاضي نظراً للعرف في ذلك.... قال في الروضة: وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع ، فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة، وفي بعضها بالعكس)[3].

---

[1] - بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص580.

[2] - فتح القدير، الكمال ابن الهمام،ج3، ص296.

[3] - مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223 بتصرف بسيط.

وجاء في المغني، بمناسبة الكلام عن الكفاءة في الحرفة: (...من أنه نقص في عرف الناس أشبه نقص النسب، ولما روي في حديث: العرب بعضهم أكفاء لبعض وفي آخره " إلا حائك أو حجام"[1]، قيل لأحمد: كيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه، يعني أنه موافق لأهل العرف)[2].

إنّ المعتبر في شرف الحرفة ودناءتها هو العرف في كل زمان ومكان، والمعول عليه في تقارب المهن وتباعدها هو العرف.[3]

وقد جاء في بدائع الصنائع، بمناسبة الكلام عن الكفاءة في المال:(فَلَا يَكُونُ الْفَقِيرُ كُفُؤاً لِلْغَنِيَّةِ؛ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ مِنْ التَّفَاخُرِ بِغَيْرِهِ عَادَةً، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا هَذَا)[4] . فقوله خصوصاً في زماننا، إشارة إلى أنه قد قاس هذا الحكم على عرف زمانه .

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: (إذ تعتبر الكفاءة من الأمور الخاضعة للعرف، لأن استمرار الحياة الزوجية يستلزم وجود تقارب بين أسرتي الزوج والزوجة).[5]

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: (وترى اللجنة أن عامة الصفات المعتبرة في الكفاءة بحسب ما تقدم لدى الفقهاء مناط اعتبارها العرف، وقد عبر الفقهاء بما تقدم انطلاقا من عرفهم، فإذا تغير العرف تغيرت صفات الكفاءة).[6]

الفرع الثاني: أثر العرف في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الوقت الحاضر.

"قررت الشريعة الإسلامية أن لتغير الأماكن والأزمان تأثيراً كبيراً في الأحكام الشرعية الاجتهادية، فالشرع الإسلامي يهدف إلى: إقامة العدل، وجلب المصالح، ودرء المفاسد. ولهذا وجد الكثير من الأحكام التي: تختلف باختلاف الناس وأحوالهم، وتبدل ظروفهم ومصالحهم، فالشارع إن

[1] – السنن الكبرى، البيهقي،ج7، ص134، رقمه: 14143. وحكم عليه بأنه ضعيف في السنن الكبرى.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص374.

[3] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص105. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص223. تأثير العرف في تحديد معنى الكفاءة، مروان المدرس، ص10. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص127. الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي،ج9، ص234.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص580.

[5] – الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص141، بتصرف.

[6] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج34، ص281.

وضع حكماً واحداً لا يمكن أن يتغير، فإن كثيراً من الناس سيصاب بكثير من الجهد والضيق، وهذا يؤدي الى خلاف ما يقصده الإسلام الذي بنى أحكامه على مصالح العباد، لذا نجد المشرع قد وضع أحكاماً مطلقة عن البيان والتفصيل، يمكن تطبيقها بمراعاة الظروف والأحوال، وقد تتغير تبعاً لذلك، وبالتالي يبقى الفقه الإسلامي مرناً صالحاً لكل زمان ومكان.

ولذا أفتى الفقهاء المتأخرون – من شتى المذاهب الفقهية – في كثير من المسائل، مخالفين ما أفتى به أئمة مذاهبهم، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم، هو اختلاف الزمان لا غير. وقد ذكرت مجموعة من المسائل تدلل على ذلك سابقا[1]......

إنّ الكفاءة: من الأمور التي تعتمد اعتماداً كبيراً على العرف، كما ظهر معي سابقاً، وبما أن الأعراف في زماننا قد تغيرت تغيراً كبيراً عما كانت عليه في زمن الفقهاء المتقدمين، فإن ذلك يستوجب تغيير النظرة إلى خصال الكفاءة، بل ومعنى كل صفة من هذه الصفات، لكي نحقق مقصود الشارع الحكيم، في استمرار العلاقات الزوجية واستقرارها.

فالمرأة في الوقت الحاضر أخذت تدرس في الجامعات والمدارس المتنوعة، وأصبحت عاملة في مختلف المجالات، فنجد: الطبيبة، والمهندسة، والمدرسة .. الخ، وأصبحت تتقاضى الأجور عن عملها.

والتقدم العلمي الكبير الحاصل في مجال التكنولوجيا في دول الغرب، قد غير الكثير من المفاهيم في العالم بما فيهم المسلمين. ولقد أصبحت الحياة في: أوربا، وأميركا، وكثير من الدول، تعتمد اعتماداً كبيراً على الأجهزة المتطورة، بينما ما زالت الدول الفقيرة تعتمد في إدارة شؤونها على الوسائل التقليدية.

وفي ضوء ذلك كله حري بنا أن نعيد نظرنا وفكرنا في مفهوم الكفاءة اليوم.

ففي مجال الحرفة كان ينظر إلى: حرفة الأب، ذلك لأن الغالب هو عمل الأب ، ونادرا ما كانت المرأة تعمل في العصور السابقة، وفي مجال العلم نظر فقهاؤنا المتقدمون إلى: مقدار علم

---

[1] – انظر، ص44.

الأب، فقالوا: بأن بنت العالم لا يكافؤها أحد، لأن شرف العلم فوق شرف المال والنسب. وهذا ما أشرت إليه سابقا عندما ذكرت مجموعة من نصوص الفقهاء تدل على العرف.

وبناءً على ذلك هل تتغير مفاهيم خصال الكفاءة في ضوء الظروف الحالية؟! ، هل سنستمر بالنظر الى مهنة الأب والمرأة أصبحت عاملة في مختلف الميادين؟!، هل نتجاهل مقدار تحصيل الفتاة من العلم، ونبقى ننظر الى مقدار علم الأب!.

إنّ أحكام الكفاءة تعتمد اعتماداً كبيراً على أعراف المجتمعات، وهذا ما أكده فقهاؤنا، وما أشرت الى بعضه سابقا.

وبناءً على ذلك فإن المرأة التي نشأت في بريطانيا، وتعلمت فيها، تكون قد نشأت في: ظروف، وأحوال، تختلف اختلافاً كبيراً عن ظروف وأحوال الهند، فينبغي أن نعتبر ذلك من صفات الكفاءة، ألا وهو: اختلاف البلاد، واختلاف التعليم والتقدم العلمي.

ولما اشترط فقهاؤنا التشابه والتقارب بين مهنة الأب ومهنة الزوج، قصدوا التشابه بين بيئتي عيش المرأة، في بيت أبيها .. وفي بيت زوجها.

وهنا، قد يتبادر إلى الذهن السؤال الآتي: لِمَ لَمْ يعتبر فقهاؤنا، اختلاف البيئة سببا من خصال الكفاءة؟ ، حتى أنهم قالوا :(إنّ القروي يكون كفؤاً للمدني)، فكيف تعتبرون اختلاف البلد في الوقت الحاضر سببا من أسباب فقدان الكفاءة؟.

الجواب: لقد اعتبرنا ذلك حينما يكون الاختلاف بين أحوال البلدين كبيراً، كاختلاف بريطانيا والهند، بسبب: التقدم العلمي والتقني من جهة، وبسبب: كون بريطانيا بلد تختلف تقاليده، وأحواله عن الهند.

أما إذا كان البلدان متقاربين في: الظروف، والأحوال، والمستوى المعاشي، وانتشار التعليم، فلا يعد الاختلاف سببا من أسباب اختلاف الكفاءة، كما هو الحال مثلا بين: الهند، والباكستان، وبنغلاديش ..

إنّ الاختلاف الذي ذكره فقهاؤنا كان يمثل الوضع السائد في زمانهم، حيث لا يوجد فارق كبير بين القرية والمدينة"[1].

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

جاء في المادة العشرين من قانون الأحوال الشخصية الأردني: (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في المال، وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة، وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج).

[1] – تأثير العرف في تحديد معنى [الكفاءة] في الزواج، د. مروان محمد محروس المدرس الأعظمي، ص12، بتصرف بسيط.

المبحث السادس: الشروط في عقد الزواج. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً.

المطلب الثاني: أثر العرف على الشروط في عقد الزواج.

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً.

تنقسم الشُّروط باعتبار مصدر اشتراطها عند الفقهاء إلى نوعين[1]:

١-الشَّرط الشَّرعي: وهو الذي يكون مصدر استراطه الشَّرع، ويكون تحققه لازمًا لتحقق أمرٍ آخر رُبِط به، بحيث إذا لم يتحقق الشَّرط لا يتحقق ذلك الأمر. وهذا هو المعنى المقصود عند الفقهاء عند إطلاقهم لفظ الشَّرط.

٢- الشَّرط الجعلي: وهو الذي يكون مصدره إرادة المكلف، وسُمِّي بذلك لأنَّ الأمر الذي صار به للالتزام، إنّما هو من وضع الشَّخص نفسه لا من وضع الشَّرع ، ويطلق على هذا النوع من الشُّروط "الشُّروط المقترنة بالعقد".

والشُّروط الجعلية هي موضوع البحث هنا وهي التي يطلق عليها: الشُّروط المقترنة بعقد الزواج، أو الشروط في عقد الزواج، أو المشارطات في عقد الزواج.

والمراد بالشروط في عقد الزواج: هي ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض أو مصلحة. ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط، كأن تشترط المرأة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، أو لا يتزوج عليها، ونحو ذلك.[2]

---

[1] – المدخل الفقهي، الزرقا،ج1، ص291. الوجيز، عبد الكريم زيدان، ص60.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص141. الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ج9، ص46.

أنواع الشروط في النكاح:

يتوقف حكم العقد المقترن بشرط على نوعية الشرط الذي اقترن بالعقد، والشروط المقترنة بالعقد ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الشروط الموافقة لمقصود العقد، ولما أمر الشارع به (الشروط الصحيحة):

اتفق الفقهاء[1] على وجوب الوفاء بالشرط إذا كان مما يقتضيه العقد كاشتراط الزوجة العشرة بالمعروف، والانفاق والكسوة والسكنى، أو مما يؤكد ما يقتضيه العقد كأن يكون للزوج كفيل بدفع المهر، أو مما ورد الشرع بجوازه كاشتراط المرأة أن تكون العصمة بيدها، أو مما جرى به العرف الصحيح في البلد الذي يقيم به الزوجان كاشتراط تعجيل بعض المهر.

النوع الثاني: الشروط التي تنافي مقصد عقد النكاح أو التي تخالف ما شرعه الله (الشروط الباطلة):

اتفق الفقهاء[2] على عدم صحة الشروط التي تنافي مقتضى العقد، كأن تشترط ألا يقسم بينها وبين ضرَّتها في المبيت، أو أن تشترط على زوجها ألا تطيعه، ونحو ذلك. فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنّها تنافي مقتضى العقد، ولأنّها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده.

النوع الثالث: الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، وليست مما يقتضيه العقد، ولا تُخِلُّ بمقصوده الأصلي، ولا مما يؤكد ما يقتضيه العقد، ولا مما جاء الشرع بجوازه، أو جرى العرف الصحيح به،

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم،ج3،ص171. الدر المختار، الحصكفي،ج3، ص123. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص317. روضة الطالبين، النووي، ج7،ص264. المغني، ابن قدامة، ج7، ص448. فتح الباري، ابن حجر،ج9، ص217. نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص142. سبل السلام، الصنعاني،ج3،ص966. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر الأشقر، ص180، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1418هـ–1997م. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص135. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر،ص106.

[2] – المبسوط، السرخسي، ج4، ص180. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص317 وص238. روضة الطالبين، النووي، ج7،ص265. المغني، ابن قدامة، ج7، ص449. فتح الباري، ابن حجر،ج9، ص218. نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص142. سبل السلام، الصنعاني،ج3،ص966. أحكام الزواج، الأشقر، ص181. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص135. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر،ص106.

كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو ألا يحرمها من الدراسة أو العمل، ونحو ذلك.[1]

لا خلاف بين العلماء على أن الزواج صحيح، وإنما الخلاف بينهم في هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج- وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، وليست مما يقتضيه العقد- هل يعتد بها أم لا؟

أولا: مذاهب الفقهاء.

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء- الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4]- إلى أن هذه الشروط ملغاة، فلا يلزم الزوج بالوفاء بها.

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة[5] إلى جواز هذه الشروط، ووجوب الوفاء بها، فإن لم يف بالشرط كان لها فسخ العقد، كما يحق للزوج فسخ العقد إذا لم تف بما اشترطه هو عليها.

ثانيا: الأدلة.

أدلة القائلين بأنّه لا يجب الوفاء بهذه الشروط، وهم الجمهور:

1. قول الرسول ﷺ: (ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن اشترط مئة شرط. شرط الله أحق وأوثق)[6].

---

[1] - شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص136.

[2] - البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص171. الدر المختار، الحصكفي،ج3، ص123. الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري،ج5،ص441، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، 1421هـ- 2000م، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض. المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. نيل الأوطار، الشوكاني، ج6، ص143.

[3] - المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،ج2،ص131، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، المحقق: زكريا عميرات. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي،ج4، ص440، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م، حققه: د محمد حجي وآخرون. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص238. الاستذكار، ابن عبد البر،ج5،ص443.

[4] - الأم، الشافعي،ج5،ص73.روضة الطالبين، النووي، ج7،ص265. الاستذكار، ابن عبد البر،ج5،ص443.

[5] - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، ج2،ص23، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، 1404هـ -1984م. المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. المبدع، ابن مفلح،ج7، ص72.

[6] -الجامع الصحيح، البخاري،ج3،ص96،رقمه: 2168. الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص213، رقمه: 3850.

ومعنى الحديث عندهم: إنّ كل شرط لم يرد به نص من الشارع فهو باطل ولا يجوز اشتراطه. وأنّ هذه الشروط السابقة الذكر ليست في كتاب الله، لأنّ الشرع لا يقتضيها، فهي تَعَدٍّ لحدود الله وزيادة في الدين.[1]

2. قول الرسول ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حَرَّمَ حلالاً، أو أَحَلَّ حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حَرَّمَ حلالاً، أو أَحَلَّ حراماً)[2].

وجه الدلالة: إنّ ما اشترطته الزوجة هنا يحرم الحلال، وهو التزويج والتسري والسفر.[3]

3. ولأنّ هذا شرط ليس من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، ولم يبن على التغليب؟ والسراية، فكان فاسداً، كما لو شرطت أن لا تُسَلِّمَ نفسها.[4]

4. عن علي رضي الله عنه أنّه: (رفع إليه رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها، فقال علي: شرط الله قبل شرطهم، أو قال: قبل شرطها، ولم ير لها شيئا)[5]. ومعنى قوله شرط لها دارها أي شرط لها ألا يخرجها من دارها، ولا يرحلها عنها. ومعنى قول علي – رضي الله عنه– شرط الله قبل شرطها يريد قول الله عز وجل (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم)[6]. وعن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب، سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها، فقال سعيد بن المسيب: يخرج بها إن شاء[7]. [8]

---

[1] – الاستذكار، ابن عبد البر،ج5،ص444. المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. الفتاوى الكبرى، ج4، ص79، الأم، الشافعي، ج5، ص73

[2] – سنن الترمذي،ج3، ص 634، رقمه: 1352، وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وقال عنه الألباني صحيح في حكمه على سنن الترمذي. سنن أبي داود،ج3، ص332، رقمه: 3596. سنن ابن ماجة، ج3، ص440، رقمه: 2353.

[3] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[4] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[5] – مصنف عبد الرزاق،ج6،ص230، رقمه: 10624. لم أعثر على حكم له.

[6] – سورة الطلاق، آية6.

[7] – موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، ج 2، ص 531، حديث رقم: 1104، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. لم أعثر على حكم له.

[8] – الاستذكار، ابن عبد البر،ج5،ص441.

أدلة القائلين بأنّه يجب الوفاء بهذه الشروط، وهم الحنابلة:

1. ورود آيات تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، ويجب الوفاء بناء عليها بما يشترطه أحد العاقدين مما يحقق له مصلحته، ومن هذه الآيات قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)[1].[2]
2. قول الرسول ﷺ: (ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن اشترط مئة شرط، شرط الله أحق وأوثق)[3]. معنى الحديث عندهم: كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل، أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل، وهذه الشروط السابقة الذكر مشروعة، كما هو واضح من الأدلة.[4]
3. قول الرسول ﷺ: (....والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما)[5]. وجه الدلالة: إنّ ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر من الشروط يجب الوفاء بها، لأنّ الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم دليل شرعي على بطلان تلك الشروط.[6]
4. قول الرسول ﷺ: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[7]. وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على وجوب الوفاء بجميع الشروط المقترنة بعقد الزواج، إذا كانت لا تنافي ما يقتضيه العقد، ويدل على أن الوفاء بالشروط في النكاح أولى منها في البيع.[8]
5. استدلوا بالنصوص التي أجازت مثل هذه الشروط في غير النكاح، فالعقود باب واحد، وفي كتب السنة عدة أحاديث ثبت فيها أن الرسول ﷺ أجاز فيها الاشتراط في العقود، ومن هذه الأحاديث: (عن جابر، رضي الله عنه، أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه فدعا له فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه

---

[1] – سورة المائدة، آية1.

[2] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص73.

[3] – سبق تخريجه، ص104.

[4] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص143.

[5] – سبق تخريجه، ص104.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج7، ص448. المبدع، ابن مفلح،ج7،ص73. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص136. أحكام الزواج، الأشقر،ص186.

[7] – الجامع الصحيح، البخاري،ج7، ص26، رقمه: 5151. الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص140، رقمه: 3537.

[8] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص136. أحكام الزواج، الأشقر، ص191.

بوقية، فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك)[1]. وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اشترى من جابر بن عبدالله جملاً، واشترط جابر ظهر الجمل إلى المدينة.

ومن هذه الأحاديث أيضا قول الرسول ﷺ: (من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)[2]. فلو كان الشرط لا يصح، فإنّ المبتاع لا يجوز له اشتراط الثمر.[3]

6. سأل عمر، عن رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها، فقال عمر: لها شرطها والمسلمون عند شروطهم، ومقاطع الحقوق عند الشروط[4].[5]
7. ولأنّه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم من الصحابة، ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، فكان اجماعاً.[6]
8. ولأنّ هذا النوع من الشروط يحقق منفعة لمشترطه، ولا يمنع المقصود من النكاح، فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر.[7]
9. ولأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه، ولاشك أن المرأة لم ترض ببذل الاستمتاع بها إلا بهذا الشرط.[8]

ثالثا: المناقشة والردود.

مناقشة أدلة القائلين بأنّه لا يجب الوفاء بهذه الشروط، وهم الجمهور:

1. الرد على استدلالهم بقوله ﷺ: (من اشترط شرطا ليس في كتاب الله، فهو باطل) أي أنّ كل شرط لم يرد به نص من الشارع فهو باطل: رد عليه من وجهين:

---

[1] – الجامع الصحيح، البخاري،ج3،ص248،رقمه: 2718. الجامع الصحيح، مسلم،ج5، ص53، رقمه: 4187.

[2] – الجامع الصحيح، البخاري،ج3،ص102،رقمه: 2204. الجامع الصحيح، مسلم،ج5، ص16، رقمه: 3982.

[3] – أحكام الزواج، الأشقر، ص192. الفتاوى، ابن تيمية،ج4،ص80.

[4] – الجامع الصحيح، البخاري،ج7،ص26،رقمه، 5150.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. الاستذكار، ابن عبد البر،ج5،ص442. المبدع، ابن مفلح، ج7،ص73.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[7] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[8] – المبدع، ابن مفلح، ج7،ص73.

الوجه الأول: إنّ المراد في الحديث هو كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل، كما ذكرت ذلك سابقا عند فقه الحديث من وجهة نظر القائلين بتصحيح الشروط.

الوجه الثاني: ليس صحيحاً القول بأن الشروط التي لم ينه الشارع عنها فيها تغيير لما شرعه الله، فإذا لم يأمر الشارع بها ولم ينه عنها، ولم تخالف مقصد العقد فهي مباحة، وهي من العفو، والمباح والعفو يجوز للعبد فعله، ويجوز له تركه، كما يجوز له أن يلتزمه، ويشترط على غيره التزامه. والمحظور من الشروط هو منافاة الشرط لمقصود العقد، كاشتراط طلاق الزوجة في العقد.[1]

2. الرد على استدلالهم بقول الرسول ﷺ: (....والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً) ، أي إنّ ما اشترطته الزوجة هنا يحرم الحلال: رد عليه بأنه لا يحرم حلالا، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها الزوج به.[2]

3. رد على استدلالهم بما روي عن علي رضي الله عنه: بأنّه يخالف ما عليه أغلب الصحابة، وعلى رأسهم عمر رضي الله عنه، كما مر سابقاً.

مناقشة أدلة القائلين بأنّه يجب الوفاء بهذه الشروط، وهم الحنابلة:

1. رد على أدلتهم وخاصة على حديث: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج): بأنّه محمول عندهم على الندب جمعاً بين الأدلة.[3]

2. ورد على أدلتهم: بأنّه لا يجب الوفاء بالشروط حتى يوجد دليل شرعي يدل على اعتبارها.[4]

ورد على اعتراضهم هذا: بأنّ الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم دليل شرعي على بطلان تلك الشروط.[5]

---

[1] – الفتاوى، ابن تيمية،ج4، ص80. أحكام الزواج، الأشقر، ص190.

[2] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[3] – شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ج3، ص 178 ، دار الكتب العلمية، بيروت،1411هـ.

[4] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص137.

[5] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448. المبدع، ابن مفلح،ج7،ص73. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص136. أحكام الزواج، الأشقر،ص186.

3. رد على استدلالهم بما روي عن عمر رضي الله عنه: بأنه معارض بما روي عن علي رضي الله عنه.

ولكن رد على هذا الاعتراض: بأنّ أغلب الصحابة وافقوا عمر حتى ادعى ابن قدامة بأنّ الاجماع على ذلك.[1]

رابعا: الرأي الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح لي جواز اشتراط أحد العاقدين شرطاً يحقق له مصلحته على أن لا ينافي مقصود العقد، ولا يتعارض مع ملاءمته؛ وذلك للأدلة التي ساقوها، والتي كان على رأسها ورود آيات تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، وحديث : (المسلمون عند شروطهم)، وحديث (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج). وكذلك التوجيه والمعنى الذي فهمه الحنابلة من هذه الأدلة وهو أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل أقوى من توجيه الجمهور للأدلة التي سبق ذكرها.

المطلب الثاني: أثر العرف على الشروط في عقد الزواج.

للعرف تأثير كبير في الشروط، فمن هذه الشروط ما يعتبر موافقاً لمقصود العقد، ولما أمر الشارع به، وذلك إذا كان الشرط مما جرى به العرف الصحيح في البلد الذي يقيم به الزوجان كاشتراط تعجيل بعض المهر أو تأجيله.

وكذلك جرى العرف في الفترة السابقة على اعتبار بعض هذه الشروط كأن لا يخرجها الزوج من بلدها، ونحو ذلك. وأما في أيامنا هذه فقد جرى العرف على اعتبار بعض هذه الشروط كحق إتمام الدراسة والعمل ونحو ذلك، وهذه الشروط مما تعود بالفائدة على الزوجة. ويلاحظ أن بعض الأعراف يعتد بها وتعتبر عند إبرام عقد الزواج.[2]

---

[1] – المغني، ابن قدامة،ج7،ص448.

[2] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص136. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر ،ص110.

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة.

فصل قانون الأحوال الشخصية القول في الشروط التي يشترطها أحد العاقدين في الزواج في المادة التاسعة عشر، حيث جاء فيها: (إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته وفقاً لما يلي:

أ- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا يمس حق الغير، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت، أو أن يسكنها في بلد معين، كان الشرط صحيحاً وملزماً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

ب- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا يمس حق الغير، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه، كان الشرط صحيحاً وملزماً، فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب الزوج، وأعفى من مهرها المؤجل، ومن نفقة عدتها.

ج- أما إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنابلة، وهذا ما رجحته. وقد راعى القانون في الأخذ بهذا أعراف الناس، فإنّ الناس في عقودهم في هذه الأيام يشترطون في عقد الزواج ما يرون لهم به مصلحة ومنفعة، فجاء القانون وأخذ بقول الفقهاء الذين ألزموا بالشروط التي اشترطها أحد الزوجين على الآخر في عقد الزواج لما رآه معتاداً ومتعارفاً بين الناس.

المبحث السابع: أهلية الزوجين من حيث السن.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: زواج الصغير والصغيرة.

المطلب الثاني: سن الزواج.

المطلب الثالث: الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الزوجين.

المطلب الأول: زواج الصغير والصغيرة.

لم تحدد الشريعة الإسلامية سناً محدداً للزوجين، بل تركت ذلك للعرف تيسيراً على الناس، وبناء على ذلك **فقد اختلف الفقهاء في جواز زواج الصغير أو الصغيرة على ثلاثة مذاهب:**

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء منهم أئمة المذاهب الأربعة (الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4])، إلى جواز تزويج الصغير والصغيرة من كفء.

المذهب الثاني: ذهب ابن شبرمة[5] وأبو بكر الأصم[6] إلى أنه لا يزوج الصغير والصغيرة مطلقاً حتى يبلغا.[7]

---

[1] – الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، ج1، ص198، المكتبة الإسلامية. المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

[2] – بلغة السالك، الصاوي، ج2، ص474. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص6. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ص333، تحقيق: أ.د محمد بن سيدي محمد مولاي.

[3] – الأم، الشافعي، ج5،ص20. الحاوي، الماوردي، ج9، ص69.

[4] – المغني، ابن قدامة، ج7، ص379، وص392.

[5] – هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي، نسبة الى ضبة، من أهل الكوفة، كان ثقة فقيهاً عفيفاً حازماً يشبه النساك، ولي القضاء على العراق، وروى عن أنس والتابعين، وروى عنه عبد الملك وسعيد وابن المبارك وآخرون. مات سنة 144 هـ. تقريب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، ج2،ص307،طبعة دار الرشيد، بحلب، الطبعة الأولى، 1406هـ. تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، ج5،ص220، دار الفكر، الطبعة الاولى، 1404هـ – 1984م.

[6] – عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم المعتزلي، صاحب المقالات في الأصول، وكان من أفصح الناس وأورعهم وأفقههم، خلا أنه كان يُخَطِئُ عليا –رضي الله عنه– في كثير من أفعاله، ويُصَوِّبُ معاوية في بعض أفعاله. وله تفسير عجيب. لسان الميزان، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي،ج3،ص427، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ،بيروت، الطبعة الثالثة ، 1406 – 1986، تحقيق: دائرة المعرف النظامية، الهند. الأعلام، الزركلي،ج3،ص323.

[7] – المحلى، ابن حزم، ج9،ص459. المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

المذهب الثالث: ذهب ابن حزم إلى أنه يجوز تزويج الصغيرة. وأما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ.[1]

الأدلة:

من أدلة القائلين بجواز تزويج الصغير والصغيرة:

1. بيان عدة الصغيرة، وهي ثلاثة أشهر، في قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ)[2]. فإنه تعالى حدد عدة الصغيرة التي لم تحض بثلاثة أشهر كاليائسة، ولا تكون العدة إلا بعد زواج وفراق، فدل النص على أنها تُزَوَّجُ وتُطَلَّقُ ولا إذن لها.[3]
2. قوله تعالى: (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ)[4]. وجه الدلالة: إنّ لفظ الأيم مطلق يشمل الأنثى والذكر، والصغير والكبير، والصغيرة والكبيرة، والحر والعبد.[5]
3. زواج النبي ﷺ بعائشة وهي صغيرة، فإنها قالت: (إنّ النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين)[6] ،وقد زوجها أبوها أبو بكر رضي الله عنه.[7]

من أدلة القائلين بأنّه لا يزوج الصغير والصغيرة مطلقا:

1. قوله تعالى: (وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)[8].
وجه الدلالة: إن علامة انتهاء الصغر هو بلوغ سن النكاح، فلو كان زواج الصغير صحيحاً لما كان لهذه الغاية معنى.[9]

---

[1] – المحلى، ابن حزم، ج9، ص458 وص462.

[2] – سورة الطلاق، آية4.

[3] – المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

[4] – سورة النور، آية 32.

[5] – ما خالف المذهب الحنفي في قانون الأحوال الشخصية، عادل إدريس إدريس، ص63، قدِّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي، بكلية الدراسات العُليا في جامعة الخليل، عام 1428 هـ–2007م، إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور: حسين الترتوري. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص87.

[6] – الجامع الصحيح، البخاري،ج7،ص22،رقمه:5134. الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص142، رقمه: 3545.

[7] – المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

[8] – سورة النساء، آية6.

[9] – المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

2. ولأنّه لا حاجة بهما إلى النكاح، لأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة، وشرعاً النسل. والصغر لا يتحقق فيه شيء من ذلك، ثم هذا العقد يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد البلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ.[1]

3. إنّ زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها من خصوصياته ﷺ، كالموهوبة، ونكاح أكثر من أربع.[2]

رد على هذا الدليل: لا يقال إن ذلك من خصوصيات النبي ﷺ، إذ الأصل هو الاقتداء العام به ﷺ، ولا يعدل عن ذلك إلا لدليل، ولا دليل على أنّ هذا الزواج كان خصوصية للنبي ﷺ.[3]

من أدلة القائلين بجواز تزويج الصغيرة دون الصغير:

يجوز تزويج الصغيرة عملاً بالآثار المروية في ذلك ومنها زواج النبي ﷺ بعائشة رضي الله عنها[4]. أما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ، وإذا وقع فهو مفسوخ.[5]

الرأي الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، يترجح لي عدم جواز تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، وأن فعل النبي ﷺ يدل على الإباحة وكان منسجماً مع أعرافهم، فإن تغيرت الأعراف فلولي الأمر سلطة تقيد المباح بما يحقق المصلحة؛ ولأنّ قبل البلوغ لا يكون لهما فائدة من هذا الزواج، إذ الزواج للمعاشرة والتناسل والسكن النفسي، ولا يتحقق شيء من ذلك للصغير قبل البلوغ، بل يكون فيه ضرر بالغ لإجبارهما على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الانسجام بينهما، وأن زواج الصغار كان ملائماً وموافقا لأعرافهم، أما في أيامنا هذه مع تعقد أمور الحياة ومتطلباتها من تربية، وتعليم، ونحو ذلك، فإن تزويج الصغار من الأمور الصعبة والمعقدة.

---

[1] – المبسوط، السرخسي، ج4، ص196.

[2] – المحلى، ابن حزم، ج9، ص459.

[3] – النكاح والقضايا المتعلقة به، الحصري،ص478.

[4] – سبق تخريجه، ص111.

[5] – المحلى، ابن حزم، ج9، ص458 وص462. الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص110.

أثر العرف في مسألة تزويج الصغار.

إنَّ الفقهاء لما أجازوا زواج الصغار كان ذلك بناء على زواج النبي ﷺ بعائشة رضي الله عنها والذي فهموا منه إباحة زواج الصغار، وكان ذلك منسجماً مع أعرافهم وعاداتهم في تزويج الصغار، ولكن تبدل الأحوال والأعراف في زماننا، قد اقتضى العمل بأصول أخرى في هذا الباب، إذ أن أول وظيفة تترتب على الأبوين في كل زمان، وخاصة هذا الزمان الذي اشتد فيه التنازع في شؤون الحياة هي: تعليمهم، وتربيتهم، وإيصالهم إلى حالة تكفل لهم الظفر في معترك الحياة، وتمكنهم من تكوين أسرة منتظمة، ولكن الآباء في السابق كانوا أقل اهتمام بأمر تعليم أولادهم، ويخطبون لهم الزوجات وهم في المهد، بقصد أن يُسروا بهم أو يكسبوهم ميراثًا، وفي النتيجة يزوج أولئك التعساء قبل أن يروا شيئًا من الدنيا، وتكون أعراسهم أساس مشاكلهم.[1]

موقف قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة.

أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي ابن شبرمة، وأبو بكر الأصم فمنع زواج الصغير والصغيرة، كما جاء في المادة الخامسة: (يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم الخاطب السنة السادسة عشرة وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر). وذلك لتغير طبيعة متطلبات الحياة، ولتغير أعراف الناس وعاداتهم، كما ذكرت في الفقرة السابقة.

المطلب الثاني: سن الزواج.

الصغير يمر بمراحل عدة، فالمرحلة الأولى تسمى بمرحلة عدم التمييز، ثم يزداد العقل عنده حتى يصبح مميزاً، ثم يقارب العقل في سن المراهقة، ثم يبلغ السن التي يصبح فيها رجلاً عاقلاً، وتسمى بسن البلوغ.[2]

البلوغ في اللغة: الوصول.[3]

---

[1] – تحديد سن الزواج بتشريع قانوني، محمد أمين الحسيني، بحث منشور في مجلة المنار، مجلد25، ج25، ص63. الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي،ج9، ص176.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص61.

[3] – المطلع، أبو الفتح البعلي، ج1، ص41.

البلوغ عند أهل العلم: وصول الحد الذي يصبح الصغير فيه مكلفاً، يجب عليه القيام بما كلفه الله، وتصح تصرفاته بيعاً وشراءً، وهبة ووصية، وزواجاً وطلاقاً، ونحو ذلك.[1]

ولقد جعل الشارع البلوغ أمارة على كمال العقل؛ لأنّ الاطلاع على كمال العقل متعذر، فأقيم البلوغ مقامه. وللبلوغ علامات يعرف بها بالنسبة للذكر والأنثى، كالاحتلام عند الرجل والمرأة، والحيض والحمل عند المرأة. فإن ظهر شيء من ذلك حكم ببلوغ الشخص، وإلا فيحكم ببلوغه بالسن.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد السن الذي يحكم ببلوغ الشخص فيه إن لم يحتلم، على عدة أقوال[2]:

القول الأول: يرى الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، أن البلوغ بالسن يكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى. لخبر ابن عمر: **(قَالَ عَرَضَنِي رَسُولُ اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم– يَوْمَ أُحُدٍ فِي الْقِتَالِ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يُجِزْنِي، وَعَرَضَنِي يَوْمَ الْخَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي)**[3].[4]

القول الثاني: يرى الإمام مالك وداود الظاهري، أنه لا حد للبلوغ من السن، لقوله عليه السلام: **(رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم...)**[5] وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر.[6]

القول الثالث: يرى أصحاب مالك أن سن البلوغ سبعة عشرة أو ثمانية عشرة سنة.[7]

---

[1] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص62. أحكام الزواج، الأشقر، ص111.

[2] – أحكام الزواج، الأشقر، ص113. الموسوعة الفقهية الكويتية،ج2،ص17. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص62. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص90.

[3] – الجامع الصحيح، البخاري،ج3، ص232،رقمه: 2664. الجامع الصحيح، مسلم،ج6، ص29، رقمه: 4944.

[4] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج2،ص102. الأم، الشافعي، ج5،ص17. فتح العزير بشرح الوجيز ، عبد الكريم بن محمد الرافعي،ج10،ص277، دار الفكر. المغني، ابن قدامة،ج4،ص551.

[5] – سنن أبي داود،ج4، ص244، رقمه: 4403. سنن الترمذي،ج4،ص32، رقمه: 1423. سنن النسائي، ج 6، ص156، رقمه: 3432. سنن ابن ماجة،ج3، ص198، رقمه: 2041.وحكم عليه الألباني بأنه صحيح، وذلك في كتابه الثمر المستطاب في فقه السنة والكتاب،ص53،غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج4،ص551.

[7] – مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص56. المغني، ابن قدامة،ج4،ص551.

القول الرابع: روي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان: إحداهما: سبع عشرة، والثانية: ثماني عشرة. والجارية سبع عشرة بكل حال. وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[1] قال ابن عباس رضي الله عنه: ثماني عشرة سنة وهي أقل ما قيل فيه، فأخذ به احتياطاً. هذا أشد الصبي، والأنثى أسرع بلوغاً من الغلام فنقصناها سنة.[2]

الرأي الراجح: بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، يترجح لي تحديد سن البلوغ بخمسة عشرة سنة؛ وذلك لخبر ابن عمر رضي الله عنه. هذا إذا لم تظهر علامات البلوغ، أما في حال ظهورها فهي المعتبرة.

أثر العرف في تحديد سن الزواج.[3]

لم تحدد الشريعة الإسلامية سناً محدداً للزوجين، بل تركت ذلك للعرف تيسيراً على الناس. وتوجه الشريعة الإسلامية الى عدم التدخل في تحديد سن الزوجين هو الاتجاه الذي يتفق مع واقعيتها، فهي لم توضع لمنطقة دون أخرى أو لزمان دون زمان، فلذلك كان من الحكمة والواقعية أن يُترك تحديد سن الزوجين للعرف، ولتقدير الناس لظرف كل حال على حده، وهذا ما اتجهت إليه الشريعة الاسلامية وهذا ما اتجه إليه فقهاؤنا في تحديد سن البلوغ بما يناسب مكانهم وزمانهم وأعرافهم.

ولقد تعارف الناس في أيامنا هذه أن يكون الزوج أكبر سناً من الزوجة بخلاف ما كان في السابق فإنه كان من الطبيعي ان تكون الزوجة أكبر من الزوج. وتحديد التناسب في السن بين الزوجين يختلف من بيئة إلى أخرى، ومن زمان إلى آخر بناء على العرف.

---

[1] – سورة الأنعام، آية152.

[2] – مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخي زاده،ج4، ص60، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1998م، تحقيق: خليل عمران المنصور. الاختيار، ابن مودود الموصلي ج2،ص102. المغني، ابن قدامة،ج4،ص551.

[3] – خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، عبد الناصر توفيق العطار، ص58. خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر،ص62، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن،ط1، 1405هـ. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر، ص38.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية: (يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يُتم الخاطب السنة السادسة عشرة، وأن تُتِمَ المخطوبة الخامسة عشرة من العمر).

أرى بأن نجعل سن الزواج معتمداً على ظهور علامات البلوغ، وفي حال عدم ظهورها أو صعوبة الاطلاع عليها، وخاصة إذا أردنا أن نحدد ذلك بقانون يسهل علينا عمل القضاة والرجوع إليه، فإنّ من المناسب أن نجعل السن المعتبر هو خمسة عشر سنة، وهو رأي الجمهور الذي قمت بترجيحه سابقا. أو نبقى على ما هو مقرر في القانون الآن.

وعلينا أن لا نجاري ما ذهبت إليه القوانين في بعض الدول العربية من رفع سن الزواج إلى ثمانية عشرة سنة أو أكثر؛ وذلك لأننا إذا عملنا ذلك سنعاند الطبيعة الجبلية والغرائز التي جبلت في الإنسان، وبالتالي سيفشو الزنا بين صغار السن أمام هذا القانون الذي منعهم من الزواج، وبالتالي وجود أولاد غير شرعيين تتحمل الدولة أعباءهم.

ولذلك كان من الأفضل أن نجعل سن الزواج الخامسة عشرة، ويقدر كل شخص ظرفه الذي يناسبه مع أهله، فهناك من الناس من لديه المال والقدرة على تزويج ابنه الذي بلغ سن الخامسة عشرة.

وبدون أن نرفع سن الزواج بقانون فإنّ العرف في أيامنا هذه أصبح يرتفع بسن الزواج لوحده دون حاجة لرفعه من القانون، وذلك أمام متطلبات المعيشة المنزلية التي أصبحت بحاجة إلى استعداد كبير لحسن القيام بها ولا يتحصل ذلك للزوج والزوجة قبل بلوغ سن الرشد المالي، ولكن كما قلت فهناك من الناس من لديه المال والقدرة على تزويج ابنه الذي بلغ سن الخامسة عشرة، وهناك أشخاص عندهم غريزة جنسية قوية، فكان لا بد من البقاء على سن الخامسة عشر.

المطلب الثالث: الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الزوجين. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: صورة المسألة.

المسألة الثانية: أثر العرف في الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الزوجين.

المسألة الأولى: صورة المسألة.

يجيز الإسلام كل عقد زواج يقوم بين رجل وامرأة، إذا توفرت أركانه وشروطه. فإذا عقد الخاطبان الزواج برضاهما فلا حرج على أيّ منهما، سواء أكانا متقاربين في السن أم متباعدين فيه، بأن يكون أحدهما أكبر من الآخر أو أصغر منه.

فقد يرغب رجل ممن توفرت فيه شروط أهلية الزواج كاملة، في إجراء عقد نكاحه على المرأة توفرت فيها أيضا كامل شروط الأهلية، إلا أنه يوجد فارق في السن بين الرجل الراغب في الزواج وبين المرأة، كأن يكون الرجل قد بلغ الستين من عمره مثلا والمرأة في سن الثلاثين أو دون ذلك، والفارق بين عمره وعمرها يتجاوز عشرين عاماً، وتزداد صورة المسألة وضوحاً إذا كانت المرأة لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، والرجل قد تجاوز السبعين أو الستين من عمره.

وفي هذه الحالة لاحظ القضاة الشرعيون من واقع ما عرض عليهم من القضايا أنّ هذا التفاوت الكبير في السن بين الزوجين يؤدي غالباً الى عدم استقرار الحياة الزوجية وإلى عدم الانسجام والتوافق بينهما كما أراد الله تعالى لها أن تكون، وامتداد هذا الأثر من العداء والبغضاء إلى أهل الطرفين، وقد لوحظ من واقع الحياة أنه قد يعجز الزوج مع هذه السن المتقدمة عن القيام بالتزامات الزوجية نحوها، فيؤدي ذلك بالمرأة الى النشوز ومخالفة أمره وتعكير صفو الحياة عليه، أو ربما أدى بها إلى الانحراف عن جادة الاستقامة، سعياً لإشباع حاجتها الضرورية خاصة إذا فسد الزمان وضعف الوازع الديني وتهيأت أسباب الفتنة والانحراف. وقد يكون الزوج قد أعطى والدها وأعطاها من المال الكثير الذي بحوزته ما جعلها تتناسى في لحظة طغيان شهوة المال، حقيقة المآل.

وكلما زاد هذا التفاوت في السن بين الزوجين ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام، كما هو ملاحظ من واقع حياة الناس وأعرافهم.

وقد تكون هذه المسألة في زمن من الأزمان أو بيئة من البيئات حسب أعرافهم، غير ذات بال إذا لم تظهر معها هذه المفاسد أو لم توجد مثل هذه المخاطر، فقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي في السادسة من عمرها، وهو في الخمسين، ودخل بها وهي في التاسعة[1]، وأن عمر رضي الله عنه تزوج أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب وهي جارية صغيرة تلعب مع الجواري[2]. لذلك لم يبحث الفقهاء الأقدمون هذه المسألة ولم يعتبروها من خصال الكفاءة، ربما لعدم الحاجة الى بحثها في زمانهم، أو لعدم ظهور خطرها في بيئتهم.

ولم يرد في كتبهم حكم فقهي يمنع من الزواج في مثل هذه الحالة، فلم يجعلوا التقارب (عدم التفاوت) في السن من شروط انعقاد العقد أو صحته أو نفاذه أو لزومه حتى إن الفقهاء الذين اعتبروا الكفاءة في الزواج لم يجعلوا التفاوت في السن من شروط الكفاءة المطلوبة في عقد الزواج، ولم يرد نص من الشارع يعتبر ذلك، فتبقى المسألة في دائرة الاجتهاد بالنسبة للفقهاء كلٌ في زمانه ومكانه، لذلك فإن الفقهاء في هذا العصر الحديث قالوا: بتجدد بعض صفات الكفاءة نظراً لتغير أعراف الناس وعاداتهم، ومنها التقارب في السن.[3]

المسألة الثاني: أثر العرف في الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الزوجين.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من تأثير العرف في هذه المسألة. فإنّه من الأفضل أن يكون كل من الزوجين متقاربين في السن وليس بينهما فرق كبير في العمر، حتى يحصل التوافق والانسجام بينهما، ويحصل الاحصان والعفاف، وكما ذكرت سابقا فإنه لم يرد نص من الشارع بخصوص هذه المسألة، ولم يتعرض لها الفقهاء بالتحديد، وبالتالي فهي مسألة متروكة للعرف وظروف الحياة في كل زمان ومكان.

---

[1] – سبق تخريجه، ص111.

[2] – مصنف عبد الرزاق، ج6، ص163. ذكره الألباني في السلسلة الصحيحة،ج1،ص98، رقم: 9.

[3] – تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عايش عمرو ،ص43،قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات نيل درجة الدكتورة من الجامعة الأردنية 1994م، بإشراف، أ. د محمد ياسين. أحكام الزواج، الشحات منصور، ص121. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص140. أحكام الزواج، الأشقر، ص116.

ولأنّه في حال وجود الفارق الكبير في السن بين الزوجين، فإنّه بالإضافة إلى عدم التوافق والانسجام بينهما، فإنّه لوحظ عرفا أن المرأة التي تكون صغيرة ولم تنضج خبرتها في الحياة الزوجية نتيجة الصغر، لا تدرك أن من تجاوز الستين من العمر لا يقدر على ما يقدر عليه الشاب من واجبات الحياة الزوجية، فتطالبه بما لا يقدر من المعاشرة بحكم سنه فيعجز عن ذلك، فربما يؤدي ذلك بالمرأة إلى الانحراف عن جادة الاستقامة، سعياً لإشباع حاجتها الضرورية خاصة إذا فسد الزمان وضعف الوازع الديني وتهيأت أسباب الفتنة والانحراف. أضف إلى ذلك أن هذا الزوج الذي تجاوز الستين من عمره، غالباً ما يتوفى لقوله ﷺ : (عمر أمتي من ستين سنة إلى سبعين سنة)[1]. فيتركها وهي في سن الصغر تعاني، فلا تجد أمامها سوى طريق الفتنة والشهوات.

وفي النهاية فإنّ الشريعة الإسلامية لم تشترط التقارب في السن بين الزوجين، بل تركت ذلك للعرف، ولرغبة كل منهما في الارتباط بالآخر أو عدمه مع وجود هذا الفارق في السن بينهما.[2]

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية: (يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً، إلا بعد أن يتحقق القاضي رضاها واختيارها، وأن مصلحتها متوفرة في ذلك).

يفهم من هذه المادة أنّ فارق السن لا أثر له إذا كان أقل من عشرين عاماً، أو كانت سن المرأة أكثر من ثماني عشرة سنة، وبالتالي فإنه يصح زواجها ما دام الأمر باختيارها، وليس لهذا الحكم مُسْتند إلا السياسة الشرعية التي تبيح للحاكم أن يمنع بعض الأفعال المباحة إذا ترتب عليها ضرر، ولأنّ عرفنا في هذه الأيام ينفر من أن تكون الفتاة أقل من ثمانية عشرة سنة وتتزوج برجل يكبرها بعشرين سنة، وقد لاحظ واضعوا القانون من واقع عرف الناس وحياتهم، أن الأولياء قد يجبرون من يلون أمرهن من النساء على الزواج ممن يكبرهن في العمر بفارق كبير طمعاً في ماله، أو جاهه، أو نحو ذلك، وهذا من الظلم الذي منعه القانون.

---

[1] – سنن الترمذي، ج4، ص566، رقمه: 2331. قال الشيخ الألباني: حسن صحيح بلفظ أعمار أمتي ما بين، في حكمه على سنن الترمذي.

[2] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص50. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر، ص37.

المبحث الثامن: سكوت البكر في النكاح.

أولا: البكر لغة واصطلاحا:

البِكْرُ من النساء لغة: هي التي لم يقربها رجل، والبكر من الرجال هو الذي لم يقرب امرأَة[1]. فالفتاة البكر: هي التي لم يسبق لها الزواج[2].

البكر اصطلاحاً: اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره[3]. فمن زالت بكارتها بغير جماع كوثبة، أو درور حيض، أو حصول جراحة، أو تعنيس: بأن طال مكثها بعد إدراكها في منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار فهي بكر حقيقة وحكماً، والمغتصبة بكر وإن جومعت.

ثانيا: السكوت لغة واصطلاحا.

السكوت لغة: الصمت، والسكون، وعدم الكلام.[4]

السكوت اصطلاحا: الصمت المُطْلَق الذي تحيط به قرائن.[5]

فالمراد بالصمت هو عدم الكلام، وبالمطلق أي الخالي عن أية حركة، فيخرج بهما الصمت الذي صاحبه فعل كالإشارة ونحو ذلك. وقول (تحيط به قرائن) خرج به الصمت الذي لم تصاحبه أية قرينة للدلالة على انشاء العقد، وهذا هو المراد بالقاعدة الفقهية القائلة: " لَا يُنْسَبُ إلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ، لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ"[6].[7]

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج4،ص67.

[2] – خطبة النساء، العطار،ص56.

[3] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص63.

[4] – لسان العرب، ابن منظور،ج2،ص43. القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص153.

[5] – المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد دراسة فقهية قانونية اقتصادية، علي محيي الدين القره داغي، ص409، دار البشائر الاسلامية.

[6] – مجلة الأحكام العدلية، المادة 67.

[7] – المقدمة في المال، القره داغي، ص409.

ثالثا: ما يكون به إذن البكر، وأثر العرف فيه.

اتفق الفقهاء على أن سكوت البكر عند استئذانها في النكاح إذنٌ منها ورضا بذلك، لأحاديث منها: (الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)[1]. و(لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: كيف إذنها، قال: أن تسكت)[2].[3]

ثم إنّ المتأمل في سكوت البكر يجد أنّ دلالة الرضا فيها لم تؤخذ من السكوت المجرد عن القرائن، بل أخذت منه حين صاحبته قرائن وضروف وملابسات، خلعت عليه ثوب الدلالة على الإذن والرضا. وهذه القرائن والملابسات منها ما هو صادر عن طبيعة الإنسان وظروفه الاجتماعية، كحياء البكر، حيث تستحي من اظهار رغبتها بالزواج، ولكن لا تستحي عند إبداء رفضها. فقد جاء في الهداية: (فإن سكتت فقد رضيت، ولأن جنبة الرضا فيه راجحة؛ لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد)[4].

كما أنّ للعرف هنا دوراً كبيراً في تعيين سكوتٍ للرضا دون آخر، فقد جرى العرف بأنّ البنت إذا سكتت عند عرض أبيها أمر النكاح عليها اعتبر ذلك رضاً؛ نظراً لجدية عقد الزواج وعدم الهزل به. وإن عرض عليها غير وليها لا يعتبر سكوتها رضا، لأنّه يكون في الغالب لقلة التفاتها إلى كلامه وعدم اهتمامها به بخلاف الولي. وللسبب السابق – وهو حياء البكر والعرف القاضي به– لم يعتبر الشرع سكوت الثيب رضاً بل اشترط النطق، وكذلك الأمر بالنسبة لكل ما فيه نوع من المنة والتطوع، حيث إنّ للحياء والعرف فيه دوراً واضحاً، بحيث يستحي الإنسان من اظهار القبول، لكنه لا يستحي عند إبداء الرفض.[5]

---

[1] – الجامع الصحيح، مسلم، ج4،ص141،رقمه: 3541.

[2] – الجامع الصحيح، البخاري، ج9،ص33، رقمه: 6970. الجامع الصحيح، مسلم، ج4،ص140، رقمه: 3538.

[3] – المبسوط، السرخسي، ج4،ص181. مواهب الجليل، الحطاب،ج5،ص63. المجموع شرح المهذب، النووي،ج16،ص 165. المغني، ابن قدامة،ج7، ص 386 . الموسوعة الفقهية الكويتية،ج8، ص174. المقدمة في المال، القره داغي،ص412. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر،ص81.

[4] – الهداية، المرغياني، ج1،ص197.

[5] – فتح القدير، الكمال بن الهمام،ج3، ص 266.

وبناء على ذلك: فإنّ السكوت من البكر يُعدُّ إذناً بالنكاح عادة لِما جُبلت عليه من الحياء كما ذكرت سابقاً، فإذا أصبحت الفتيات في أيامنا هذه لا يَتَحَرَّجن من إعلان هذه الرغبة أو عدمها على السواء، فالإذن منهن لا يكتفى فيه بالسكوت بل لابد من الإفصاح والبيان؛ لتبدل الأعراف، وتغير العادات.[1]

موقف القانون في هذه المسألة.

لم يَرِدْ نصٌ قانوني في ذلك، وبالتالي فإنّ سكوت البكر يُعدُّ إذناً بالنكاح عملاً بالراجح من المذهب الحنفي، ولكن من باب التَّحَقُّق والاحتياط فإنّ المأذون الشرعي يسأل الفتاة هل أنت مكرهة، أو مغصوبة، أو نحو ذلك.

[1] – المقدمة في المال، القره داغي، ص412. أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله الحمدان، ص6.

المبحث التاسع: طبيعة إعلان الزواج. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم إعلان عقد الزواج.

المطلب الثاني: أثر العرف على إعلان الزواج.

المطلب الأول: حكم إعلان عقد الزواج.

إنّ اعلان عَقد النِّكاح يتم بإحدى طريقتين:

أولا: الإشهاد.

الإشهاد شرط في صحة عقد النكاح عند جمهور الفقهاء[1]، لقول الرسول ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[2].وقوله ﷺ: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)[3].

إلا أنَّ المالكيَّة لم يشترطوا الإشهاد عند العَقد؛ فيجوز تأخيره إلى ما قبل الدُّخول، لأن الاشهاد شرط لِحِلِّ الدخول وترتب الآثار.[4]

ثانيًا: الإشهار، وهو الإعلان بالدّف وغيره أمام جَمْعٍ من الناس؛ كما هو حاصل في الطُّلبة أو الزّفاف في أيامنا هذه.

والإشهار مستحب عند جمهور الفقهاء[5]، لقول الرسول ﷺ: (أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه بالغربال)[6].

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص389. مغني المحتاج، الشربيني، ج3،ص194. المغني، ابن قدامة،ج7، ص337.

[2] – سبق تخريجه، ص75.

[3] – سنن الترمذي،ج3،ص411، رقمه: 1103، ضعفه الألباني في حكمه على سنن الترمذي.

[4] – بداية المجتهد، ابن رشد،ج2،ص17. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد بن أحمد بن محمد عليش،ج3،ص107.

[5] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص394. مواهب الجليل، الحطاب،ج5،ص26. تحفة الحبيب على شرح الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي،ج4،ص78، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ -1996م. المغني، ابن قدامة،ج7، ص428.

[6] – سنن ابن ماجة، ج3،ص90، رقمه: 1895. قال الشيخ الألباني : (حسن) انظر صحيح وضعيف الجامع الصغير للألباني،ج1،ص196. تعليق شعيب الأرنؤوط : حسن لغيره، انظر: مسند الإمام أحمد، ج4، ص5،رقمه: 16175.

المطلب الثاني: أثر العرف على إعلان الزواج.

اعتاد المسلمون وتعارفوا أن يحيطوا عقد الزواج وحفل الدخول بالاهتمام والفرحة، وهذا مستمد من توجيهات القرآن والأحاديث النبوية، فالمسلمون لا يحتفلون بعقد البيع ولا بغيره من العقود احتفالهم بعقد الزواج.

فقد جرى عرف الناس على إعلان الزواج والدخول بحفل، يدعى له الأقارب والأصدقاء، تقدم فيه الحلوى للضيوف وسط ابتهاجات للحاضرين. وتختلف عادات الناس أيضا فيما يقومون به في حفل إشهار الزواج، فمنهم من يحييه بتلاوة آيات من القرآن الكريم مع وجود فرقة إسلامية، ومنهم من يحييه بفرقة موسيقية أو دبكات شعبية ومسرحيات، أو نحو ذلك.

فالشريعة الإسلامية تدعو إلى إعلام الناس بالزواج وبمقدماته، بالوسائل المشروعة والمعتبرة عرفاً، ومن ذلك الإعلان بالأنوار على بيت الزوج، وبإرسال الدعوات المكتوبة لحضور حفل الخطوبة، ووليمة الزواج، ونحو ذلك.

ولكن الحذر من بعض العادات السيئة التي تتنافى مع مبادئ الإسلام، فقد يجري أحياناً في حفل الزواج اختلاط الرجال بالنساء.

وفي النهاية نؤكد بأنّه يشرع الإعلان بكل ما عُدَّ في العرف إعلاناً.[1]

[1] – خطبة النساء، العطار، ص77. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر،ص36. أحكام الزواج، الأشقر،ص33. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر،ص79. أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله الحمدان، ص11.

المبحث العاشر: حكم تأخير الوطء إلى ليلة الزَّفاف.

العَقد إذا استوفى أركانه وشروطه، حَلَّ بذلك ما شُرِعَ من أجله؛ أَلا وهو حِلُّ الوطء. ولكن جرى العرف على أنه إذا تم عقد الزواج فلا يتبعه عادة الزفاف وانتقال الزوجة إلى منزل الزوجية مباشرة، بل يفصل بين العقد والزفاف مدة من الزمن. ومن الأمور التي يجب التنبيه إليها خلال هذه الفترة:

1. أنّه يستحب للعاقد أن يداوم على زيارة الزوجة دون انتقال، وأن يقدم لها الهدايا خلال هذه الفترة؛ تأليفا لقلبها. وأن يدعو أهلها إلى طعام في بيته لكن بدون اسراف وتبذير؛ وذلك توثيقاً لأواصر المودة والمحبة.
2. أن يعمل على تقديم المهر المعجل الذي هو حق لها قبل الدخول.
3. إنّ الرجل وإن كان يرتبط مع المرأة بعلاقة شرعية، وعقد صحيح وأول آثاره حل الوطء والاستمتاع، إلا أنّ مما تعارف عليه الناسُ في أيامنا هذه مِن أنَّ الوطء لا يكون إلا بعد الزفافِ كنوعٍ من أنواع الإعلان له، فإنَّ هذا الأمرَ له احترامه؛ تقديرا لأعراف الناس وعاداتهم. وبالتالي فإن على الرجل أن يراعي ما اتفق عليه وأن يسير على العرف الجاري لديهم.

والعُرف في مثل هذه الأمور مُعتبرٌ في الشَّرع، ما لم يصطدم بنص شرعي. ومما يؤكد ضرورة مراعاة العرف في تأخير الوطء إلى ما بعد الزفاف، أنَّ في حصوله قبل ذلك خطرًا على مستقبل الفتاة؛ فرُبما تَغيَّر رأيُ الرجلِ فيها، ثمَّ يدّعي بعدها أنَّه لم يطأها بِحُجة أنَّها لم تُزَفَّ إليه، أو يموت قبل أن تزف إليه، حتى يصل الأمر إلى ضياع مستقبل الفتاة، أو ربما بذر بذور الشك والريبة في النفوس، وربما تغير قلب عنها، وحينئذ يحصل ما لا يحمد عقباه، والله أعلم.[1]

ومما يؤيد ذلك الفتوى التالية: " السؤال: هل يجوز الاختلاء بالزوجة بعد عقد القران وقبل الدخول بها.

الجواب: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه، أما بعد:

[1] – نظام الأسرة في الإسلام، د. محمد عقلة ،ج1، ص328، مكتبة الرسالة، الطبعة الأولى، عمان ، ١٩٨٣م. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر ،ص83. أحكام المعقود عليها: عثمان إدريس، ص 157، قدِّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي بكلية الدراسات العُليا في جامعة الخليل، عام 1427 هـ،/ 2006م، إشراف فضيلة الدكتور: عدنان هاشم صلاح .

فإن الرجل يملك بضع المرأة بمجرد العقد وتصير زوجة له يحل له أن يختلي بها، وأن يرى منها ما شاء، وأن يطأها متى شاء في الأوقات المباحة.

إلا أنه ينبغي على العاقد أن يراعي العرف الجاري في بلده وأن يوفي بالاتفاق مع ولي المرأة إن كان هنالك اتفاق على أن الدخول مرجأ إلى موعد متأخر عن العقد، أو كان هنالك عرف قائم مقام الاتفاق. ولا يخالف هذا العرف نصاً من كتاب ولا سنة، بل إن الشرع علق أحكاماً على مجرد العقد وأخرى على الدخول، ومما علقه على مجرد العقد، حرمة الأم بمجرد العقد على البنت وأن المرأة المعقود عليها تصير محرمة على التأبيد على أب الزوج.

ومن الأحكام التي علقها الشارع على الدخول: وجوب جميع المهر، وإيجاب العدة عليها بالطلاق.

فعلى الرجل أن يراعي ما اتفق عليه وأن يسير على العرف الجاري لديهم، وإن حدث جماع أو خلوة شرعية صحيحة فلا إثم عليه إن شاء الله، لأنها زوجته حقيقة، وتتبني على ذلك أحكام الدخول كلها، فالولد ولده والمهر يلزمه كاملاً إلخ. والله أعلم".[1]

---

[1] – الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية، جمع وإعداد علي بن نايف الشحود الباحث في القرآن والسنة، المفتي: مركز الفتوى بإشراف: د. عبد الله الفقيه،ج1، ص24، رقم الفتوى: 2940، تاريخ الفتوى : 11 ذو الحجة 1424هـ.

الفصل الثالث: أثر العرف في فُرَق النِّكاح. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أثر العرف في الطلاق.

المبحث الثاني: أثر العرف على الخلع القضائي.

المبحث الثالث: أثر العرف في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج.

المبحث الرابع: أثر العرف في التفريق بين الزوجين للضرر أو للنزاع والشقاق.

المبحث الأول: أثر العرف في الطلاق. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الطلاق لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق.

المطلب الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

المطلب الرابع: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي.

المطلب الخامس: الحلف بالطلاق.

المطلب الأول: الطلاق لغة واصطلاحا.

الطلاق لغة: حلّ عُقْدة النكاح، والتخلية والإِرْسال، ورفع القَيْد.[1]

الطلاق اصطلاحا:

عرفه الحنفية: رفع قَيْد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص.[2]

وعرفه المالكية: صفة حكمية ترفع حِلِّية متعة الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم.[3]

وعرفه الشافعية: حَلُّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.[4]

وعرفه الحنابلة: حَلُّ قيد النكاح.[5]

---

[1] – الكليات، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي، ص922، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ – 1998م، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري. لسان العرب، ابن منظور ،ج10، ص225.

[2] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص252. فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج3،ص 463.

[3] – مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص268. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي،ص256.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص368.

[5] – شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ج2، ص 458، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ – 2002م، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم. المغني، ابن قدامة،ج8،ص234.

تأثير العرف على لفظ الطلاق:

الطلاق والإطلاق في اللغة بمعنى واحد، غير أنّ العرف قصر الإطلاق على رفع القيد الحسي، وقصر الطلاق وما اشتق منه على رفع القيد المعنوي. ففي العرف تقول: أطلقت الأسير ولا تقول طلقته، وتقول طلقت امرأتي ولا تقول: أطلقتها. ولهذا كان الإطلاق وما اشتق منه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح بحكم العرف.[1]

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق.

الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[2]. وقوله تعالى: (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً)[3]. وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[4].

أما السنة: فقد روى البخاري في صحيحه: (عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: مُرْهُ فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد،

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3،ص252. فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج3،ص 463. مجمع الأنهر، شيخي زاده،ج2،ص3. رد المحتار، ابن عابدين،ج3، ص226. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: عبد الوهاب خلاف،ص128، دار القلم، الطبعة الثانية،1410هـ–1990م. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي،ص255. تطبيقات السياسة الشرعية: عبد الفتاح عمرو، ص130.

[2] – سورة البقرة، آية229.

[3] – سورة البقرة، آية236.

[4] – سورة الطلاق، آية1.

وإن شاء طَلَّق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)[1]. وعَنْ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- طلق حفصة ثم راجعها[2].

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق.[3]

المطلب الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

الأصل في إيقاع الطلاق أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة، عملاً بقوله تعالى: (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[4]. وقول الرسول ﷺ: (مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس)[5].

فإذا خالف الزوج هذا الهدي، فطلق أكثر من واحدة كأن يقول لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق، طالق، طالق، ولم ينو تأكيد الأولى فما الحكم؟.

أولا: مذاهب الفقهاء.

القول الأول: تقع الطلقات الثلاث لا فرق بين قبل الدخول وبعده، وهو مذهب جمهور الفقهاء – الحنفية[6] والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9]– .

---

[1] – الجامع الصحيح، البخاري، ج7، ص52، رقمه: 5251.

[2] – سنن أبي داود، ج2، ص253، رقمه: 2285. سنن النسائي، ج6، ص213، رقمه: 3560، وصححه الألباني في حكمه على سنن النسائي. سنن ابن ماجة،ج3،ص179، رقمه: 2016. قال شعيب الأرنؤوط : حديث صحيح، انظر: صحيح ابن حبان، ج10، ص100، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الثانية ، 1414 – 1993، تحقيق : شعيب الأرنؤوط.

[3] – مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ص71، دار الكتب العلمية، بيروت. الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص136. مواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص268. مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص368. المغني، ابن قدامة،ج8، ص234.

[4] – سورة الطلاق، آية1.

[5] – سبق تخريجه، ص129.

[6] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص138.

[7] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص61.

[8] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص409.

[9] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص241.

القول الثاني: تقع طلقة واحدة، وإلى هذا ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.[1]

القول الثالث: التفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها، فيرون أن الطلاق يقع ثلاثاً إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، ويقع واحدة بائنة إذا كانت غير مدخول بها. وهو مروي عن بعض أصحاب ابن عباس –عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وغيرهم–.[2]

ثانيا: الأدلة.

سأقتصر في عرض الأدلة ومناقشتها على القول الأول والثاني؛ لأنهما الاتجاهين الرئيسيين.

أدلة الجمهور القائلين بوقوع الطلقات الثلاثة:

1. قوله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[3]. ظاهر الآية يدل على جواز جمع الثنتين دفعة واحدة، وإذا جاز جمع الثنتين جاز جمع الثلاثة. كما أن التسريح بإحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعة.[4]
2. قوله تعالى: (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً)[5]. وقوله تعالى: (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)[6] وغيرها من الآيات التي تدل على وقوع الطلاق دون تفريق بين مَنْ طلَّق واحدة أو اثنتين أو ثلاث.[7]
3. ما رواه سهل بن سعد الساعدي في قصة لعان عويمر العجلاني وزوجته، فقد جاء في الحديث (فلما فرغا، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول

---

[1] – الفتاوى، ابن تيمية،ج33، ص12. إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية،ج3، ص48. فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج3،ص 469. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص61. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص409.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص241. فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج3،ص 469.

[3] – سورة البقرة، آية229.

[4] – فتح الباري، ابن حجر،ج9، ص365. نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232.

[5] – سورة البقرة، آية236.

[6] – سورة البقرة، آية230.

[7] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232.

الله ﷺ. قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين)[1]. وجه الاستدلال: إنّ عويمراً أوقع الثلاث في كلمة واحدة، ولم ينكر عليه النبي ﷺ، والسكوت في معرض الحاجة بيان.[2]

4. وما روي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبى –ﷺ– بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة. فقال رسول الله –ﷺ– « والله ما أردت إلا واحدة ». فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه رسول الله –ﷺ– فطلقها الثانية فى زمان عمر والثالثة فى زمان عثمان [3]. وجه الدلالة: إنّ النبي ﷺ استحلفه بأنه لم يُرِد إلا واحدة، وهذا يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت.[4]

أدلة القائلين بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة:

1. قوله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ)[5] إلى قوله: (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)[6]. والمُطَلِّق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا ثلاثاً.[7]
2. ما روي عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: (كَانَ الطَّلاَقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ –ﷺ– وَأَبِى بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلاَفَةِ عُمَرَ، طَلاَقُ الثَّلاَثِ وَاحِدَةً، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِى أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ)[8].[9]

---

[1] – الجامع الصحيح، البخاري، ج7، ص54، رقمه: 5259. الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص205، رقمه: 3816.

[2] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص228– 232.

[3] – سنن أبي داود، ج2، ص231، رقمه: 2208. سنن الترمذي، ج3، ص480، رقمه: 1177، وضعفه الألباني في حكمه على سنن الترمذي. سنن ابن ماجة، ج3، ص204، رقمه: 2051.

[4] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232. أضواء البيان، الشنقيطي، ج1، ص115.

[5] – سورة البقرة، آية229.

[6] – سورة البقرة، آية230.

[7] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص61.

[8] – الجامع الصحيح، مسلم،ج4، ص183، رقمه: 3746.

[9] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص61. المغني، ابن قدامة، ج8، ص241.

3. عن ابن عباس قال : (طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بنى مطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً. قال: فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتها، قال: طلقتها ثلاثاً، قال له: في مجلس واحد، قال: نعم، قال: فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت)[1].[2]

ثالثا: مناقشة الأدلة.

مناقشة أدلة القائلين بوقوع الطلقات الثلاثة، وهم الجمهور:

1. رد على استدلالهم بالآيات التي تدل على وقوع الطلاق دون تفريق بين من طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاث: بأن هذه عمومات مخصصة واطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع فوق الواحدة.[3]
2. أما حديث عويمر العجلاني فرد عليه من وجهين: الأول: إن المفارقة بين المتلاعنين وقعت بنفس اللعان، والطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له ، فكأنه طلق أجنبية. الثاني: أنه لا يجب أنكار مثل ذلك ، ولهذا لا يكون السكوت عنه تقريراً .[4]
3. حديث ركانة لا يصلح للاحتجاج، لأنّ فيه اضطراباً فتارة يقال فيه طلقها ثلاثاً، وتارة واحدة، وأخرى البتة. كما أنّ في إسناده الزبير بن سعيد الهاشمي[5]، وقد ضعفه غير واحد[6]. ثم هو

[1] – مسند الإمام أحمد بن حنبل،ج1، ص365، رقمه: 2387، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط في مسند أحمد بأن: إسناده ضعيف... وقال الخطابي: وكان أحمد بن حنبل يضعف هذه الأحاديث كلها... وقال: ومع هذا فقد جَوَّد ابن تيمية سند هذا الحديث في الفتاوى وصححه ابن القيم في الزاد وأحمد شاكر في تعليقه على المسند.

[2] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص61.

[3] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232.

[4] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص228.

[5] – هو الزبير بن سعيد بن سليمان بن سعيد بن نوفل بن الحارث بن عبدالمطلب الهاشمي، نزيل المدائن. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، ج2، ص67، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

[6] – ميزان الاعتدال، الذهبي، ج2، ص67.

معارض بحديث ابن عباس الذي ذكر فيه أنّ الطلاق الثلاث كان يحسب واحدة، وهو أصح اسناداً وأوضح متناً.[1]

مناقشة أدلة القائلين بوقوعه طلقة واحدة:

1. يمكن الجمع بين حديث ابن عباس وبين الأدلة الدالة على وقوع واحدة وذلك بأن ما أمضاه عمر من الثلاث عليهم مع عدم مخالفة الصحابة له وعلمه أنها كانت واحدة لا يمكن إلا أن يكون لاطلاعهم في الزمن المتأخر على وجود ناسخ، أو لعلمهم بأن الحكم منوط بمَعانٍ علموا انتفاءها في الزمن المتأخر على وجود ناسخ، ولا سيما أن الصحابة تتابعوا على الإفتاء بوقوعه ثلاثاً فقد أفتى بذلك عمر وابن مسعود وابن عباس وغيرهم.[2]
2. وأجيب عن حديث أبي ركانة بأنّ في سنده محمد بن اسحاق[3] وهو معلول، وبأنّ حديث أبي ركانة المروي عن ابن عباس معارض لفتوى ابن عباس، ثم إن النووي في شرحه على مسلم ذكر أن رواية طلقها ثلاثاً ضعيفة؛ لأنّها من قوم مجهولين، وإنّما الصحيح أنّه طلقها البته وهو محتمل للواحدة والثلاث فلا يستدل به على أنّ الثلاث واحدة.[4]

رابعا: الرأي الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم يترجح لي أنّ القول بوقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة هو الأرجح؛ لقوة أدلتهم وعلى رأسها حديث ابن عباس الذي رواه مسلم، وهو الحديث الفاصل في النزاع؛ لأنّه يدل على حكم المسألة بوضوح لا لُبْسَ فيه، فيقرر ما كانت عليه المسألة في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وأوائل عهد عمر، ثم اختيار عمر لحكم في المسألة ألزم به الناس لحكمة معينة وهو استعجال الناس في الطلاق.

---

[1] – نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232. حكم الطلاق الثلاث، عبد الناصر أبو البصل، ص184، وهو بحث منشور في كتاب مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي،ص323.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص233.

[3] – محمد بن إسحاق بن يسار أبو بكر المطلبي مولاهم المدني نزيل العراق إمام المغازي صدوق يدلس ورمي بالتشيع والقدر من صغار الخامسة مات سنة خمسين ومائة. تقريب التهذيب، ابن حجر، ج2، ص 467.

[4] – المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي،ج10،ص71، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية ، 1392هـ. نيل الأوطار، الشوكاني،ج6،ص232.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة التسعين من قانون الأحوال الشخصية (الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة). وهذا ما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

أثر العرف على حكم طلاق الثلاث بلفظ واحد.

لقد ورد في حكم هذه المسألة نص شرعي خاص، وهو الوارد في حديث ابن عباس الذي رواه مسلم. ويشترط لمسائل السياسة الشرعية – والتي من بينها العرف– أن لا يرد بخصوصها نص من كتاب أو سنة أو اجماع، أو يرد بخصوصها نص معلل، وهنا ورد النص الخاص المعلل من السنة.

فعمر بن الخطاب –رضي الله عنه– والصحابة في زمانه، رأوا أن النص الوارد في هذه المسألة من ايقاع الثلاث واحدة في زمن الرسول ﷺ هو نص معلل، معلوم الحكمة، فالشارع الحكيم جعل الطلاق مرات ثلاث، وأراد ايقاعه مرة بعد مرة، لحكمة بالغة وأمر عظيم من أمور المسلمين، حتى لا يتسرعوا في أمر يعود عليهم بالضرر.

وبالتالي فإن هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية، التي يختلف فيها الحكم تبعاً لاختلاف ظروف الناس وأحوالهم وأعرافهم بما يحقق المصلحة ويدرأ المفسدة، وقد رأى واضعوا القانون أنّ الملائم للناس في زماننا هذا الحكم (وهو ايقاع الثلاث واحدة)، تبعاً لتغير ظروف المجتمع وعرفه في مدلولات الألفاظ، وفق مقاصد الشريعة التي وضعت لمصالح العباد.[1]

كما أن للعرف باباً كبيراً في تحديد مراد الناس من الألفاظ، وتوضيح مدلولاتها عندهم.[2]

---

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص150.

[2] – المصدر السابق.

المطلب الرابع: الطلاق الصريح والطلاق الكنائي.

الطلاق الصريح: هو اللفظ الذي ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفاً في الطلاق، كالألفاظ المشتقة من كلمة (الطلاق) مثل: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك[1]. وقال بعضهم: ويكون صريحاً أيضاً في كل لفظ ورد استعماله في الطلاق شرعاً، كلفظ الفراق والسراح.[2] وحكم الطلاق الصريح أنّه لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية.

فالصريح عند الحنفية[3] والمالكية[4]: هو لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفاً إلا في حل رابطة الزوجية، لأنّ الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً. وأنّ لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته[5].

والصريح عند الشافعية[6] والحنابلة[7]: ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق، وألفاظ الصريح عندهم ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن. لأنّ الطلاق ثبت بعرف الشرع واللغة، والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع فإنّه ورد بهما القرآن الكريم، قال الشافعي- رحمه الله-: "ذكر الله تبارك وتعالى الطلاق في كتابه بثلاثة أسماء الطلاق والفراق والسراح، فقال عز وجل: (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[8]. وقال جل ثناؤه: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)[9]، وقال تبارك اسمه لنبيه ﷺ في أزواجه: (إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً)[10]"[11].

---

[1] -البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص269.

[2] - المغني، ابن قدامة، ج8، ص264.

[3] - البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص269.

[4] - التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، ج1، ص128، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م، المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني. الثمر الداني، الآبي الأزهري، ص464.

[5] - المغني، ابن قدامة، ج8، ص264.

[6] - روضة الطالبين، النووي، ج8، ص23.

[7] - المغني، ابن قدامة، ج8، ص264.

[8] - سورة الطلاق، آية 1.

[9] - سورة الطلاق، آية 2.

[10] - سورة الأحزاب، آية 28.

[11] - الأم، الشافعي، ج5، ص259.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الحنفية والمالكية؛ لأنّ هذه المسألة مبناها على العرف في استعمال الألفاظ، والعرف يؤيد ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، لأنّ اللفظ المستعمل والمشهور بين الناس اليوم هو لفظ الطلاق، وقلة من الناس في هذه الأيام مَن يستعمل لفظ السراح والفراق للدلالة على الطلاق.

الطلاق الكنائي: هو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره. مثل قول الرجل لزوجته: الحقي بأهلك، اذهبي، اخرجي، أنت بائن، أنت بتّة، أنت خلية، برية، اعتدي، استبرئي رحمك، أمرك بيدك، حبلك على غاربك أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء، ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق، وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال: وهي حالة مذاكرة الطلاق، أو الغضب. وحكم الطلاق الكنائي أنه لا يقع إلا بالنية أو واقع الحال الذي يدل عليه .[1]

أثر العرف في الطلاق الكنائي:

وضع فقهاء كل مذهب عدداً من الألفاظ التي تدل على الطلاق الكنائي، فالمذهب الحنفي[2] عنده ألفاظ الكنايات ضربان: ضرب يقع به طلقة رجعية واحدة، مثل: اعتدي واستبرئي رحمك.... وضرب يقع به طلقة بائنة مثل خلية وبرية وبتة... وأما المذهب المالكي[3] فقد ذهب إلى أن كنايات الطلاق تنقسم إلى قسمين: كنايات ظاهرة، مثل: بتة، وخلية...وهذه يقع بها الثلاث وإن نوى بها واحدة إلا أن تكون غير مدخول بها. وكنايات خفية، مثل انصرفي، اذهبي وما أشبه ذلك فيقبل منه ما يدعيه من أرادة الطلاق أو غيره أو الثلاث فدونها. وأما الشافعية[4]: فالألفاظ الكناية عندهم كثيرة، مثل: أنت خلية وبرية وبتة وبتله وبائن واعتدي واستبرئي رحمك والحقي بأهلك وحبلك على غاربك. وأما المذهب

---

[1] – المبسوط، السرخسي، ج6، ص61. الثمر الداني، الآبي الأزهري، ص464. روضة الطالبين، النووي، ج8، ص23. المبدع، ابن مفلح، ج7 ،ص256. الفِقْهُ الإسلاميُّ، الزحيلي، ج9، ص358. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص387. تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص162. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص250.

[2] – المبسوط، السرخسي، ج6، ص61.

[3] – التلقين، ابن نصر الثعلبي، ج1، ص128.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج8، ص26.

الحنبلي[1] فقد قسم الكنايات إلى ثلاثة أقسام: كنايات ظاهرة مثل: خلية، وبرية... وكنايات خفية مثل: اخرجي واذهبي...وكنايات مختلف فيها مثل: الحقي بأهلك وحبلك غاربك.

يتضح من هذه الألفاظ التي وضعها فقهاء كل مذهب، أنها ألفاظ عرفية كانت مستعملة في زمانهم، وما يقع بهذه الألفاظ من طلاق رجعي أو بائن هو على حسب عرفهم في ايقاعها.

فالحكم الشرعي في ايقاع الطلاق الكنائي يدور مع تغير العرف في كل زمان ومكان، ولذلك قرر في المذهب الحنفي: أن الطلاق الكنائي إذا اشتهر في عرف جماعة بمعنى البائن، يقع بائنا، وإذا تغير عرف الناس وأصبحوا لا يقصدون به إلا الرجعي، يجب أن يقع اللفظ نفسه رجعيا، واللفظ لم يتغير، وإنما تغير عرف الناس واستعمالهم لهذا اللفظ.[2]

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة الخامسة والتسعين من قانون الأحوال الشخصية: (يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة، وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية، وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية).

عدَّ قانون الأحوال الشخصية الطلاق صريحاً إذا وقع بلفظ صريح، أو بلفظ اشتهر في العرف استعماله في الطلاق، والطلاق الصريح يقع بمجرد التلفظ به، ولا يحتاج إلى نية. والطلاق يقع أيضا بالألفاظ الكنائية إذا كانت تحتمل الطلاق ومستعملة في عرف الناس للدلالة على ايقاع الطلاق، ولكنها تحتاج إلى نية الزوج في إرادة الطلاق أو عدمه.

المطلب الخامس: الحلف بالطلاق.

لقد شاع استعمال لفظ عليَّ الطلاق، وعليَّ الحرام في الزمن الحاضر بمعنى اليمين، وهي ليست من صيغ الأيمان المعروفة في الشرع، وإنّما استعملها النّاس عرفا في ذلك.

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص275.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص299. تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص164.

فإذا تلفظ شخص بالطلاق أو الحرام، فقال: عليَّ الطلاق لأسافرن، أو عليَّ الحرام لأشترينَّ هذه السيارة، فلا خلاف بين العلماء أنه لا يلزم المتلفظ شيء إن لم يحنث في يمينه.

فإن حنث فيه **فقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:**

القول الأول: يقع الطلاق، وهذا قول جمهور الفقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]. واستدلوا بإطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج، مثل قوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ)[5]، فهي لم تفرق بين منجز ومعلق، ولم تقيد وقوعه بشيء، والمطلق يعمل به على إطلاقه، فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على وجه اليمين أو غيره.[6]

القول الثاني: إن الحنث باليمين في الطلاق لا يقع به طلاق، ويعتبر يميناً تجب الكفارة إن حنث في يمينه، وهذا قول ابن تيمية[7] وابن القيم[8].واستدلوا بأن الطلاق المعلق القَسَمِي إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، كان في معنى اليمين، فيكون داخلاً في أحكام اليمين في قوله تعالى: (قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ)[9]. وقوله سبحانه: (ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُواْ أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[10]. وثبت عن

---

[1] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص253.

[2] – الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ج2، ص581، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ/1980م،المحقق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص430.

[4] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص327.

[5] – سورة البقرة، آية229.

[6] – الفقه الإسلامي، الزحيلي،ج9، ص422.

[7] – الفتاوى، ابن تيمية،ج3، ص234.

[8] – إعلام الموقعين، ابن القيم، ج4، ص98 و ص114.

[9] – سورة التحريم، آية 2.

[10] – سورة المائدة، آية 89.

النبي ﷺ، أنه قال: (من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأتها وليكفر عن يمينه)[1]. وهذا يتناول جميع أيمان المسلمين لفظاً ومعنى.[2]

القول الثالث: إن الحلف بالطلاق لا يقع به طلاق ولا يلزم به شيء، وهذا قول ابن حزم. واستدل بأن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز، لقوله ﷺ: (من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله)[3].[4]

الرأي الراجح: هو رأي ابن تيمية وابن القيم؛ لأن أدلتهم أقوى وأسلم – والله أعلم– حيث إنه لا يوجد ما يدل على وقوع الطلاق بألفاظ الحلف بالطلاق، ولكون الحلف بالطلاق فيه معنى اليمين فعلى الناكث فيه كفارة اليمين.

أثر العرف على الحلف بلفظ (عليَّ الحرام):

جاء في المذهب الحنفي أن صيغة عليَّ الحرام من الطلاق الكنائي الذي لا يقع إلا بالنية[5]، إلا أن المتأخرين من الحنفية افتوا بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية؛ لأنّ العرف صار ماشياً في استعماله في الطلاق فيجب الإفتاء به من غير نية.[6]

وذهب المالكية: إلى التفريق بين عليَّ حرام، و عليَّ الحرام. فقالوا: إن عليَّ الحرام استعمل في العرف في حل العصمة، بخلاف عليَّ حرام، فمن قاس " عليَّ الحرام" على لفظ " عليَّ حرام " فقد أخطأ في القياس لوجود الفارق وخالف المنصوص عليه عند الفقهاء.[7]

---

[1] – الجامع الصحيح، مسلم، ج5، ص85، رقمه: 4362.

[2] – الفتاوى، ابن تيمية، ج3، ص234.

[3] – الجامع الصحيح، البخاري، ج5، ص53، رقمه: 3836. الجامع الصحيح، مسلم،ج5، ص81، رقمه: 4348.

[4] –المحلى، ابن حزم، ج8، ص41. إعلام الموقعين، ابن القيم، ج4، ص98.

[5] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص333.

[6] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص299.

[7] – شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي،ج4، ص48، دار الفكر.

وحُكم من تلفظ بعليَّ الحرام عندهم إذا حنث أن تلزمه الثلاث في المدخول بها، وينوى في غيرها، لأن العرف استعمل هذا اللفظ لحل العصمة.[1]

أما الشافعية فقد اختلفت الروايات عنهم في هذه الصيغة فقيل: إنها طلاق صريح عند من اشتهر عندهم، لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم، وقيل: الأصح أنه كناية.[2]

وورد عن الإمام أحمد بن حنبل في هذه الصيغة ثلاث روايات، الأولى: أنها ظهار، والثانية: كناية ظاهرة، وقيل كناية خفية، والثالثة: أنها يمين.[3]

فالواضح من أقوال الفقهاء في تأثير العرف على لفظ (علي الحرام)، أن جمهورهم ما عدا الحنابلة، يصرحون بأثر العرف في صيغ الطلاق، وأن من اشتهر عندهم لفظ معين يقع حسب استعمالهم، لأنه مرادهم.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة الثانية والتسعين من قانون الأحوال الشخصية: (اليمين بلفظ: عليَّ الطلاق، و عليَّ الحرام، وأمثالهما، لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافة إليها).

ولقد شاع استعمال عليَّ الطلاق، وعليَّ الحرام في الزمن الحاضر بمعنى اليمين، حتى إنَّ الرجل إذا أراد أن يكرم زائره يقول له: عليَّ الطلاق لتأكلن معي، وليس في ذهنه وتفكيره أصلاً طلاق زوجته ولا فراقها، وإنّما يقصد التأكيد واليمين على صدقه في قوله وعزمه على فعله، وهذا ليس من صيغ الطلاق المشروعة فيه، وإنّما هو من الألفاظ التي عمت بها البلوى، وانتشرت على ألسنة الناس، وغالباً ما يقصد بها اليمين حتى أصبحت معروفة فيه، لذلك جعلها القانون من صيغ اليمين، بقوله: (اليمين بلفظ عليَّ الطلاق وعليَّ الحرام)، فكأنّ الأصل فيها في القانون أنّها يمين، وهي ليست من

[1] – شرح مختصر خليل للخرشي،ج4، ص48،

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص371.

[3] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص261.

صيغ الأيمان المعروفة في الشرع، وإنّما استعملها النّاس عرفا في ذلك، فراعى القانون هذا العرف الذي نقلها إلى معنى اليمين، ولذلك نص على أنّه لا يقع بها الطلاق حيث اعتبرها من ألفاظ اليمين[1]. إلا في حالتين: الأولى: أن يخاطب الحالف زوجته بالحلف، فيقول لها عليَّ الطلاق منك. والحالة الثانية: أن يضيف الطلاق إليها، كقوله: عليَّ الطلاق من زوجتي.

والأصوب– والله أعلم– بقاء النص عاماً، لا فرق بين من وجه الخطاب للزوجة أو لغيرها، وبين من أضافه للزوجة أو لم يضفه، فالصيغة صيغة يمين كما هو متعارف بين الناس، ولا أثر لما ذكره القانون في الحالتين اللتين استثناهما في الحكم.[2]

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص167.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص247.

المبحث الثاني: أثر العرف على الخلع القضائي. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الخلع القضائي وأقوال الفقهاء في المسألة.

المطلب الثاني: نص المادة المتعلقة بالخلع القضائي في القانون الفلسطيني وشرحها.

المطلب الثالث: أثر العرف على الخلع القضائي.

الخلع هو من وسائل التفريق بين الزوجين، فالشرع الحنيف جعل لكل من الزوجين الخلاص والفكاك من زوج لا يمكن العيش معه، فالزوج يمكنه الطلاق، والزوجة يمكنها المخالعة.

ومن القضايا المطروحة في الشارع الفلسطيني ما يسمى بقانون الخلع الجديد(الخلع القضائي)، وبالتالي قررت الحديث عنه لنتعرف على معناه وعلى حقيقته، وعلى مدى تأثير العرف عليه. وخاصة أنه يوجد من يؤيده ومن يعارضه.

المطلب الأول: تعريف الخلع القضائي وأقوال الفقهاء في المسألة.

المسألة الأولى: تعريف الخلع القضائي.

الخلع لغة: النزع والإزالة.[1]

الخلع اصطلاحا: عرفه الفقهاء بتعريفات عدة منها:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه.[2]

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض.[3]

وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع.[4]

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور ،ج8،ص76.

[2] – البحر الرائق، ابن نجيم،ج4،ص77.

[3] – منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عليش ،ج4، ص4، دار الفكر.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص347.

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة.[1]

الخلع القضائي: هو أن يرفض الزوج الخلع الرضائي – وهو أن تعيد الزوجة للزوج ما دفعه من المهر ونفقات الزواج– فيقوم القاضي بفسخ العقد جبراً عن الزوج.[2]

المسألة الثانية: رأي الشريعة الإسلامية في الخلع القضائي.

أولا: مدى جواز اعطاء سلطة ايقاع الخلع للقاضي.

سلطة ايقاع الخلع للقاضي يتنازعها في الفقه الاسلامي مذهبان:

- مذهب الجمهور ومنهم المذاهب الأربعة الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6]، وهم القائلون بأنّه لا يشترط إذن القاضي ولا حضوره في الخلع. وذلك لأنّ الطلاق من حيث النظر جائز بلا حاكم فكذلك الخلع.

"وهو أن الخلع يقع بين الزوجين دون تدخل من القاضي، معناه أن يتراضى الزوجان على ذلك، فان لم يتراضيا فليس أمام المرأة الكارهة للحياة مع زوجها إلا اللجوء إلى القضاء، وهذا هو معنى مذهب التابعين"[7].

- مذهب سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين، أنه يشترط إذن القاضي في الخلع. بدليل قوله تعالى:(فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ)[8]، وقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا)[9]. وجه الدلالة: جعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فإن خافا، فدل

---

[1] – الإنصاف، المرداوي، ج8، ص282.

[2] – فقه السنة، سيد سابق، ج2، ص299، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان. لقاء حول الخُلع وأحكامه، عبد الرحمن السحيم ص3. الخلع بين الشريعة والقانون، لطفي جودة، وهو مقال منشور في مجلة الأهرام المسائي.

[3] – المبسوط، السرخسي،ج6،ص310.

[4] – شرح مختصر خليل، الخرشي ،ج3،ص14.

[5] – المهذب، الشيرازي، ج2، ص71.

[6] – المغني، ابن قدامة،ج8، ص175.

[7] – الخلــع بين الشريعــة والقانــون : لطفي جودة.

[8] – سورة البقرة، آية229.

[9] – سورة النساء، آية35

على وجود طرف ثالث وهو القاضي.[1] "وهم الذين قالوا: يوقعه السلطان، أي أن الزوجين في حال الشقاق وخوف الزوجة ألا تقيم حدود الله، فإنه لابد من الفصل بينهما ولا يملك ذلك إلا القضاء، ولا يملك القضاء سوى ايقاعه متى أقرت المرأة أنها تبغض الحياة الزوجية وبالشروط المطلوبة".[2]

- وقد وقع الخلع في عهد رسول الله ﷺ، فعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ، أَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتُبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ، وَلاَ دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلاَمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ، قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً[3].

- رأي صاحب فقه السنة وصاحب الفقه الواضح:" والخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لان ثابتا وزوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم، وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة، ويطلق[4]. كما في الحديث".[5]

- يقول عبد الرحمن السحيم[6] في لقاء حول الخُلع وأحكامه: "عندما تكره المرأة زوجها وتقع البغضاء وربما العداوة والشحناء، وعندما تخفق في علاج هذه الأمراض الأُسريّة فإنها تلجأ أولاً إلى الإصلاح ثم إلى التحاكم أيضا فإذا لم يُجد ذلك شيئا فإن لها حق المخالعة. فتتفق مع زوجها على أحد ثلاثة أمور: إما أن تُعيد له ما دفعه من مهر، أو أقل منه، أو أكثر. فإذا لم يقبل بذلك فإن لها حق اللجوء إلى القضاء ثم للقاضي أن يخلع الزوجة من ذمة زوجها ولو بالقوّة" [7].

[1] – فتح الباري، ابن حجر ،ج9، ص396.

[2] – الخلـع بين الشريعـة والقانـون، لطفي جودة، ص5.

[3] – الجامع الصحيح، البخاري،ج7،ص60، رقمه: 5273.

[4] – سبق تخريجه، نفس الصفحة.

[5] – فقه السنة، سيد سابق،ج2،ص299. الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، محمد بكر اسماعيل. نقلا عن كتاب تنبيه الأبرار بكتاب الخلع والطلاق والظهار الطهطاوي، ص30 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ- 2003م. لقاء حول الخُلع وأحكامه، عبد الرحمن السحيم، ص3.

[6] –الشيخ عبد الرحمن عبد الله السحيم الداعية بوزارة الأوقاف بالرياض بالسعودية من شيوخه ابن عثيمين ومحمد الالباني وغيرهم وله بحوث في مجال السنة والحديث منها المدرج في الحديث ، منتديات الاسلام للجميع.

[7] – لقاء حول الخُلع وأحكامه، عبد الرحمن السحيم ص3.

المطلب الثاني: التعليمات المتعلقة بالخلع القضائي في المحاكم الشرعية الفلسطينية.

أشار رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي رئيس المحكمة العليا الشرعية يوسف ادعيس أن العمل بقانون الخلع في فلسطين استند على مادة القانون 163[1] والتي أعطت السلطة التقديرية للقاضي الشرعي بقرار الطلاق[2].

وعند مراجعة قانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في المحاكم الفلسطينية لعام 1976م، لا تجد في المادة 163 ما يتعلق بذلك، وإنما الحديث عن المشاهدة.

وقال القاضي ناصر القرم عضو محكمة الاستئناف الشرعية أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به والمطبق في المحاكم الشرعية قد اشتمل على الخلع القضائي وذلك في إحدى عشر مادة منه وهي من المادة 102 ولغاية 112[3]، وإن مما يؤيد العمل بالخلع القضائي بالإضافة لما ذكر أن المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية قد نصت على أن ما لا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى

---

[1] – المادة (163):(يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق الحضانة).

[2] – http://www.nablustv.net/internal.asp?page=details&newsID=77758&cat=14 تلفزيون نابلس

[3] – المادة (102) أ– يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له. ب– المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال. ج–إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعياً ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق المتفق عليه.

المادة (103) لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر

المادة (104) كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

المادة (105) إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية.

المادة (106) إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداءه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية.

المادة (107) إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلقة رجعية.

المادة (108) نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

المادة (109) إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة أو إنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية. أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت.

المادة (110) إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجب الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم.

المادة (111) إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً.

المادة (112) لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته.

الراجح من المذهب الحنفي، وهذا الذي عليه العمل في المحاكم الشرعية كالظهار واللعان والايلاء وغيرها.[1]

وعند مراجعة قانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق في المحاكم الفلسطينية لعام 1976م. لم أجد في المواد من102– 112 ما يتعلق بالخلع القضائي، وإنما الحديث عن الخلع الرضائي.

وأشار الشيخ يوسف ادعيس إلى أن المجلس الأعلى للقضاء لم يضع قانوناً جديداً، لأنه لا يملك الحق في تشريع أو سن القوانين، وأن ذلك من مهام المجلس التشريعي الفلسطيني المعطل، وأن ما تم هو تفسير لقانون موجود بالأساس في الشريعة الإسلامية والقانون المعمول به في الأراضي الفلسطينية[2].

ومعنى الكلام الذي صدر من رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي رئيس المحكمة العليا الشرعية أنه في حالة رفض الزوج الخلع الرضائي–وهو أن تعيد الزوجة للزوج ما دفعه من المهر ونفقات الزواج– فإنه يتم فسخ العقد عن طريق القاضي الشرعي. وتقول السيدة سولافة صوالحة[3]: "الخلع القضائي هو استثناء من الأصل، بمعنى أن لا يتم اللجوء إليه إلا عندما تفشل مساعي الاتفاق على الخلع الرضائي بين الزوج والزوجة. وفي كثير من الأحيان تفشل مساعينا للإصلاح بين الزوجين ورأب الصدع".[4]

وحول القرار الصادر عن رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي رئيس المحكمة العليا الشرعية في هذا الصدد، تبين أنه يشمل حق المعقود عليها في طلب الخلع أمام المحكمة الشرعية بحيث تتنازل عن حقوقها المادية، وهو محصور فقط على مرحلة الزواج قبل الدخول.[5]

---

[1] – شبكة راية الإعلامية: http://www.raya.ps/ar/topics/819849.html.

[2] – شبكة فداء الاقصى http://www.fedaaqsa.com/NewsDetails.aspx?id=8279

[3] – هي السيدة سولافة صوالحة مديرة دائرة الإرشاد في ديوان قاضي قضاة فلسطين. فلسطين تقر قانون الخلع لإنهاء معاناة مئات المعلقات http://www.lahaonline.com/articles/view/41584.htm

[4] – فلسطين تقر قانون الخلع لإنهاء معاناة مئات المعلقات http://www.lahaonline.com/articles/view/41584.htm

[5] – مجلة البيادر السياسية http://www.al-bayader.com/readarticle.aspx?articleid=21326. لقاء مع مدير محكمة الخليل الغربية الشرعية الأستاذ محمد الأشقر.

وبعد صدور هذا القرار من رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي رئيس المحكمة العليا الشرعية بدأت المحاكم الشرعية الفلسطينية العمل بقانون الخلع القضائي مطلع شهر أيلول/ سبتمبر من عام 2012م والذي يعطي المرأة الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج قبل الدخول والخلوة الشرعية. وجاء إقرار القانون متجاوباً مع حالات كثيرة طالبت فيها النساء بالطلاق لكن لم يتم فسخ عقد الزواج بسبب رفض الرجل[1]. علماً بأن مفهوم الخلع بتراضي الطرفين كان يطبق داخل المحاكم الفلسطينية تحت مسمى الطلاق مقابل الإبراء العام.

في الإطار، قال رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي رئيس المحكمة العليا الشرعية في حديث لـ "القدس دوت كوم": إن القانون المزمع تطبيقه يفرض على النساء المتقدمات لطلب "الخلع" التقدم بدعوى للمحكمة تعرض فيها مبرراتها للحصول عليه، على أن يحاول القضاة إصلاح ذات البين ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا، فيما يفرض على المرأة المصرة على انتزاع حقها في الخلع (في حال تعذر الإصلاح) "دفع جزء من المال لإتمام الخلع"[2]. وأكدت المحامية سناء ثابت أن القرار لم يوضح الأسباب التي يجب توفرها لدى طالبة الخلع، لكنها أكدت أنه يحتوي على جزئية مهمة وهي المعيار والضابط، وهي أن الأمر في إتمام الطلاق يرجع إلى القاضي وتقديراته ومدى اقتناعه بالمبررات التي تقدمها طالبة الخلع للمحكمة[3].

ثانيا: آراء العلماء المعاصرين.

تباينت آراء العلماء المعاصرين حول قانون الخلع القضائي سواءً المطبق في فلسطين أو الأردن أو مصر، على النحو التالي.

---

[1] – روسيا اليوم http://arabic.rt.com/news_all_news/news/596344

[2] – رام الله –"القدس دوت كوم" – مهند العدم.

[3] – مجلة البيادر السياسية http://www.al-bayader.com/readarticle.aspx?articleid=21326 .

آراء المؤيدين للخلع القضائي.

* يقول الدكتور محمود السرطاوي[1] تعقيباً على الخلع القضائي قبل الدخول والخلوة الصحيحة في القانون الأردني[2]:(وقد أحسن القانون بالأخذ بهذه الحالة حتى لا تبنى الحياة الزوجية على أسس غير مستقرة)[3].

* ويقول علي أحمد عبد العال الطهطاوي[4] عن قانون الخلع[5] الذي تم مناقشته في مجلس الشعب المصري ومن ثم إقراره، (هذا الموضوع موجود أساساً في كتب الفقه، والعلماء طرحوه جانباً خوفاً من أن يتهم أحدهم بالبلبلة، وها أنا أطرحه بعنوان "الخلع في ضوء القرآن والسنة").[6]

* ويقول الشيخ يوسف ادعيس عن تعليمات الخلع الجديد المطبق في فلسطين: " الخلع من الناحية الشرعية هو جائز ومنصوص عليه في السنة النبوية الشريفة، وهذا القانون فيه انصاف للمرأة الفلسطينية ومماثلة في الحقوق والواجبات بين الذكر والأنثى حيث إن الشريعة الإسلامية أعطت للرجل الطلاق وبذلك عليه أن يدفع للمرأة كل حقوقها ومن باب الحقوق المماثلة أعطى الإسلام المرأة أن تفتدي وتخلع زوجها مقابل أن تدفع له الأموال التي أنفقها للزواج."[7]

---

[1] – هو الأستاذ الدكتور محمود علي عمر مصلح(اللقب السرطاوي) ولدعام 1943م، عمل مدرسا بكلية الشريعة في الجامعة الأردنية. له عدة أبحاث وكتب ونشاطات ومنها: نظام الاسلام، و شرح قانون الأحوال الشخصية وغيرها. ويكبيديا الموسوعة الحرة.

[2] – جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2001م في المادة 126 فقره (ب، ج) ما يخص الخلع القضائي وسأقتصر على نص الفقرة (ب) لأنه هو المطبق عندنا فقط(قبل الدخول أو الخلوة)، فقد جاء فيها ما يلي: (ب– للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب الى القاضي التفريق بينها وبين زوجها اذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج وللزوج الخيار بين أخذها عيناً او نقداً ، واذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان اعادة المهر والنفقات).

[3] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي ،ص119، دار الفكر ،ط3، 1431هـ–2010م.

[4] – هو علي أحمد عبد العال الطهطاوي رئيس جمعية أهل القرآن و السنة. تنبيه الأبرار، علي الطهطاوي.

[5] – ما يخص الخلع القضائي في قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000م، نص عليه في المادة 20.

[6] – تنبيه الأبرار، علي الطهطاوي ،ص3.

[7] – شبكة فداء الاقصى http://www.fedaaqsa.com/NewsDetails.aspx?id=8279. فلسطين تقر قانون الخلع لإنهاء معاناة مئات المعلقات http://www.lahaonline.com/articles/view/41584.htm

آراء المعارضين للخلع القضائي.

* يقول الدكتور عمر الأشقر[1] تعقيباً على الخلع القضائي قبل الدخول والخلوة الصحيحة في القانون الأردني: (وهذا النص يقتضي بإعطاء الزوجة هذا الحق مطلقاً، سواء كانت تبغض الزوج أو لا، ولم تلزم القاضي ببذل جهده لمعرفة السبب في طلبها، كما لم تلزمه ببذل جهده للإصلاح وعلى ذلك هو ملزم بالتفريق بينهما في حال طلب الزوجة التفريق وامتناع الزوج عن التطليق. وبالتالي فإن هذه المادة وسعت وسهلت وقوع الطلاق، والنهج الشرعي هو توسيع باب الزواج وتضيق باب الطلاق ما أمكن، ولو ألزمت القاضي بالتحري لظهر في بعض الحالات أن الزوجة مغلوبة على أمرها في طلب التطليق، وليس ذلك خيارها، ولو أعطت المادة فسحة من الوقت، فإن الزوجة قد تتراجع عن طلب الفراق)[2].

* يقول قاضي قضاة فلسطين رئيس المجلس الأعلى للقضاء الشرعي –سابقاً– الدكتور تيسير التميمي عن قانون الخلع الجديد المطبق في فلسطين: (العمل بالخلع القضائي في المحاكم الشرعية انتهاك للشريعة والقانون).[3]

الرأي الراجح في مسألة الخلع القضائي.

بعد دراسة الخلع القضائي من ناحية شرعية ومن ناحية قانونية، أقول:

إن كان الخلع بين الزوجين عن تراض فبها ونعمت، فإن لم يتراضيا فليس أمام المرأة الكارهة للحياة مع زوجها إلا اللجوء إلى القضاء، وخاصة أن الخلع ليس مباحاً للزوجة متى شاءت ومهما كانت الظروف بل هو مقيد شرعاً بأوضاع وأحوال معينة ، فالخلع لا يكون الحل الفوري السريع لمجرد الخلاف والشقاق بين الزوجين، بل ضبطه الشرع بأحوال وحالات. وهذا ما يجب أن يسير عليه القانون أيضاً.

---

[1] – هو الأستاذ الدكتور عمر سليمان عبد الله الأشقر(1940–2012م) عمل مدرسا بكلية الشريعة في الجامعة الأردنية. من شيوخه ابن باز ومحمد الالباني وغيرهم له مؤلفات كثيرة منها :أصل الاعتقاد والجنة والنار، ويكبيديا الموسوعة الحرة.

[2] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر،ص274.

[3] – بحث بعنوان (العمل بالخلع القضائي في المحاكم الشرعية انتهاك للشريعة والقانون): تيسير التميمي.

ولأن النبي ﷺ في قصة ثابت بن قيس أوقع الطلاق بلسان الزوج، أي بأمر الزوج أن يطلق الزوجة الكارهة له، فإذا رفض الزوج فللقاضي ايقاع الطلاق جبراً عن الزوج كالطلاق للضرر، والغيبة، وعدم النفقة، والعُنَّة[1]، ونحو ذلك، فيوقَع في هذه الحالات كلها الطلاق جبراً عن الرجل بحكم القاضي.

المطلب الثالث: أثر العرف على الخلع القضائي.

إذا تضرر الزوج من زوجته كان له طلاقها ليتخلص منها، وإذا تضررت المرأة الكارهة للحياة مع زوجها كان لها أن تلجأ إلى المخالعة وفداء نفسها منه بالمهر المدفوع لها، وهذا مشروط برضا الزوج وموافقته، فإذا حاولت الزوجة الاتفاق مع زوجها الذي يؤذيها والكارهة له فأبى، فإن الزوج في هذه الحالة يكون مضاراً، وحديث النبي ﷺ يقول: (لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ)[2]. فإذا حصل ذلك فللقاضي ايقاع الطلاق جبراً عن الزوج كالطلاق للضرر، لأن الضرر يزال، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد عرض الصلح بين الزوجين عن طريق التحكيم وإعطاء المدة الكافية لذلك، ونستطيع هنا لتغير أعراف الناس وأحوالهم وضعف الوازع الديني أن نغير من هذه الوسائل بما يحقق الغاية المرجوة وهي أن التفريق هو العلاج النهائي لمشكلة استعصت بين الزوجين، فقد نعطي الحق للقاضي بالتحري والتعرف على أسباب طلب الزوجة الخلع حتى لا تكون الزوجة في بعض الحالات كما هو ملاحظ من واقع حياة الناس وأعرافهم أنها مغلوبة على أمرها في طلب التطليق، وليس ذلك خيارها، ولو أعطينا القاضي والزوجين فسحة من الوقت كافية، فإن الزوجة قد تتراجع عن طلب الفراق.

وكذلك مثلا طلب الزوجة يصبح لازماً إذا اقتنع القاضي بذلك وحكم به، لأن الرسول ﷺ أمره بالتطليق لعلمه باستحالة الحياة الزوجية بينهما. فماذا لو ترجح للقاضي أن المرأة غير صادقة في دعواها بغضه، وأن هناك أسباباً خفية وراء هذا الطلب؟

ولذلك يرى الدكتور عمر الأشقر: أن طلب الزوجة يصبح لازماً إذا اقتنع القاضي بذلك وحكم به[3].

---

[1] – العنة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع. لسان العرب، ابن منظور، ج13، ص290. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج2، ص633.

[2] – سنن ابن ماجة، ج3، ص430، رقمه: 2340. مسند الإمام أحمد،ج1، ص313، رقمه: 2867، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط في حكمه على المسند : بأنه حسن.

[3] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر الأشقر، ص275.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية إلا بالكراهية والبغض، والضرر، والشقاق، فإنه يجب على الحاكم أن يتدخل لمنع استمرار هذه الحالة، لأنه إذا بقيت الحالة على ماهي فإنه قد يؤدي بالزوجة إلى الانحراف فإن الإنسان يستطيع أن يصبر إلى حين، ثم قد تلجأ المرأة للخلاص، من هذا الواقع بالوسائل المحرمة، إذا رأت أن لا حَلَّ لحياتها، كالانتحار، أو فعل ما يجلب لها العار لتدفعه إلى طلاقها. وهذا متوقع، والمتوقع كالواقع وهذا ما لاحظه ورآه العرف، فعندئذ يتدخل العرف من باب السياسة الشرعية لسد باب هذه الذريعة.[1]

كما وقد ثبت من واقع حياة الناس وأعرافهم أن المرأة يصيبها ضرر كبير جراء ذلك، فلا زوج يريد الطلاق ولا هي تملك المخالعة لرفض الزوج، فكان لا بد من تدخل القضاء لرفع الضرر. ويشهد لذلك: أن إقرار الخلع القضائي جاء متجاوباً مع حالات كثيرة طالبت فيها النساء بالطلاق لكن لم يتم فسخ عقد الزواج بسبب رفض الرجال[2].

---

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو ، ص229-232.

[2] – روسيا اليوم http://arabic.rt.com/news_all_news/news/596344. فلسطين تقر قانون الخلع لإنهاء معاناة مئات المعلقات http://www.lahaonline.com/articles/view/41584.htm

المبحث الثالث: أثر العرف في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المفقود وأقوال الفقهاء في المسألة.

المطلب الثاني: أثر العرف في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج.

المطلب الأول: تعريف المفقود وأقوال الفقهاء في المسألة.

المفقود لغة: هو الضائع.[1]

المفقود اصطلاحا: هو الشخص الذي غاب ولم يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وغيره يبحثون عنه، ولم يأسره العدو، فلا يستبين موته ولا قتله.[2]

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج إذا طلبت الزوجة التفريق، هل تجاب إلى طلبها أم لا؟ على مذهبين:

المذهب الأول: ليس لزوجة المفقود الحق في طلب التفريق بسبب الفقد، وهذا مذهب الحنفية[3] والشافعية[4]، ولا يفرق بين المفقود وزوجته عندهم إلا إذا حكمنا بموته، وذلك بموت أقرانه.

المذهب الثاني: يحق للزوجة طلب التفريق بسبب الفقد، وإلى هذا ذهب المالكية[5] والحنابلة[6]. وتفصيل المذهب الحنبلي أنّه لا يُفَرَّقُ بين الزوجين إذا كان ظاهر غيبته السلامة كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة وانقطع خبره، فعلى زوجته في هذه الحالة أن تتربص تمام تسعين سنة من يوم مولده

---

[1] – مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ج1، ص517، مكتبة لبنان، بيروت، 1415هـ – 1995م، تحقيق: محمود خاطر. معجم مقايس اللغة، ابن فارس، ج4، ص443. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج2، ص696.

[2] –المبسوط، السرخسي، ج11، ص31. الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3، ص41. ما خالف المذهب الحنفي، عادل إدريس، ص100.

[3] – المبسوط، السرخسي، ج11، ص31. الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3، ص41. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2،ص52.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص 520. روضة الطالبين، النووي، ج8، ص400. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2،ص52.

[5] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2،ص52.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص131. المبدع، ابن مفلح، ج8، ص113.

في أشهر الروايتين. وإما أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كمن فقد في حرب أو زلزال ونحو ذلك، فهنا تنتظر الزوجة أربع سنوات ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا.[1]

الأدلة:

أدلة القائلين بعدم جواز التفريق لفقدان الزوج[2]:

1. عَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ).[3]
2. ورد أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت فلتصبر، حتى يأتيها موت أو طلاق).[4]
3. ولأن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الظن موته، فكذلك لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يغلب على الظن موته.
4. إن اختلاف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة والفقد على أقوال مبناها اختلافهم في حكم استدامة الوطء، أهو حق للزوجة مثل ما هو حق للزوج؟ فمن قال إن دوام الوطء قضاء حق للرجل فقط، وليس للزوجة فيه حق قال بعدم جواز التفريق لفقدان الزوج، فإذا ما ترك الزوج وطء زوجته مدة لم يكن ظالماً لها أمام القاضي، سواء أكان في ذلك حاضراً أم غائباً، طالت غيبته أم لا؟ لأن حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرة الواحدة، فإذا استوفتها لم يعد لها في الوطء

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص131. المبدع، ابن مفلح، ج8، ص113.

[2] – المبسوط، السرخسي، ج11، ص31. الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج3، ص41. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص521.

[3] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص445، رقمه: 15973. قال الألباني: ضعيف جدا، في الجامع الصغير ص318، وفي سلسلة الأحاديث الضعيفة، ج6، ص484. وانظر أيضا: التلخيص الحبير، ابن حجر،ج3، ص497. نصب الراية، الزيلعي،ج3، ص473.

[4] – مصنف عبد الرزاق،ج7، ص90. وحكم عليه: بأنه ضعيف، انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر،ج3، ص503. والمنتقى شرح الموطا، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ،ج3، ص296.

حق في القضاء، وعلى هذا فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة ما مهما طالت، وترك لها ما تنفق منه على نفسها، لم يكن لها حق طلب التفريق لذلك.[1]

أدلة القائلين بجواز التفريق لفقدان الزوج :

1. قوله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[2]. وجه الاستدلال: خير الله الأزواج بين أمرين: الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة، وهذا إضرار بها، وقد يعرضها للفتنة، وقد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار في قوله: (وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)[3].[4]
2. قول الرسول ﷺ: (لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ)[5]. وجه الاستدلال: إنّ فقد الزوج وغيابه عن زوجته يلحق بها الضرر والأذى، والضرر يزال، فكان التفريق جائزاً وهو الوسيلة لإزالة الضرر.[6]
3. قول عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل)[7].[8]
4. إذا جاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة فلأن يجوز التفريق بسبب الفقد من باب أولى.[9]

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج29، ص62.

[2] – سورة البقرة، آية229.

[3] – سورة البقرة، آية231.

[4] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص468.

[5] – سبق تخريجه، ص 151.

[6] – ما خالف المذهب الحنفي، عادل ادريس، ص101.

[7] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص445، رقمه: 15974. الموطأ، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، ج2،ص 575، رقمه: 1195 ، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. حكم عليه بأنه أثر صحيح، انظر: مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي الدمشقي، ج1، ص434، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، 1411هـ – 1991م، المحقق : عبد المعطي قلعجي. وحكم عليه أيمن صالح شعبان: بأنه مرسل، انظر: جامع الأصول في أحاديث الرسول، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، ج11،ص507، مكتبة الحلواني ، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط.

[8]– موطأ، مالك، ج2، ص575. المغني، ابن قدامة، ج9، ص131. المبسوط، السرخسي، ج11، ص31. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص 521.

[9] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2،ص52. المغني، ابن قدامة، ج9، ص131. المبسوط، السرخسي، ج11، ص31. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص 521.

الرأي الراجح: يترجح لي جواز التفريق لفقدان الزوج، لأثر عمر في المفقود ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، ولأن هذا الأثر أقوى وأشهر من أدلة القائلين بعدم جواز التفريق لفقدان الزوج وخاصة أن الآثار التي استدلوا بها ضعيفة كما ورد سابقا في التخريج، ولأنّ القول بجواز التفريق يتفق مع مقاصد الشريعة، ويدفع الضرر عن الزوجة.

المطلب الثاني: أثر العرف في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج.

لم يرد بخصوص هذه المسألة نص شرعي من كتاب أو سنة أو إجماع، وام يصح فيها غير قضاء عمر، فيرجع في حكمها إليه وإلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة، ولا شك أنّ زوجة المفقود تتضرر من غياب زوجها، ويزداد ضررها إذا لم تعلم حياته من موته، فلا هو حي تتأمل رجوعه، ولا هو ميت تعتد له وتتزوج بغيره، وقد يطول بها هذا الحال إذا انتظرت موت أقرانه، وقد تكون شابَّةً فتمضي حياتها بلا زوج، فمن عقد عليها فقد وحبسها بعقده، ولا سبيل لها إلى الزواج من غيره وهي على عصمته، وقد ثبت عرفاً أن الزوجة يلحقها ضرر كبير بفقد الزوج، وبناءً على ذلك كان اجتهاد الفقهاء بخصوص رفع الضرر عن زوجة المفقود، عين الحكمة والمصلحة للمرأة والمجتمع.[1]

إلا أنّ الحكم بالتفريق بين المفقود وزوجته بعد مدة بسيطة، يُلحق الضرر بالمفقود كما هو ملاحظ عرفا فقد يعود الزوج فيجد زوجته قد تزوجت بغيره، وفي هذا ضياع ماله وأسرته، والضرر لا يزال بضرر مثله، فكان في تحديد مدة الأربع سنين مراعاة لحال المفقود والنظر إليه، وهذه مدة عرفية يقدرها العرف وأهل ذلك الزمان، فهذه المدة كانت كافية في زمانهم، أما في زماننا فقد يرى البعض أن مدة الأربع سنوات مدة طويلة، خاصة أن الظروف قد اختلفت عن السابق، فقد تقدمت وسائل الاتصال والمواصلات بحيث يمكن الوصول إلى غلبة الظن في مدة زمنية أقل من أربع سنوات، وبالتالي هي مسألة عرفية متروكة للمجتهدين والفقهاء كلٌ في زمانه ومكانه يقدر المدة التي تناسبهم.[2]

---

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص217.

[2] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص217. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص470.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة(131) من قانون الأحوال الشخصية:(إذا راجعت زوجة المفقود القاضي، وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة، وطلبت منه تفريقاً لتضررها من بعده عنها، فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه، يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده. فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود، وكانت مصرة على طلبها، يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث، أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك، فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عليه).

فالقانون أخذ بقول الفقهاء الذين أجازوا التفريق للفقد وهم المالكية والحنابلة، وذلك مراعاة لرفع الضرر المترتب على الزوجة كما هو ملاحظ من أحوال الناس وأعرافهم، وقدر القانون المدة بسنة في حالة الكوارث، وأربع سنوات في حال الأمن وهذه المدة اجتهاد من سيدنا عمر -رضي الله عنه-، ولكن هذه في الحقيقية مدة عرفية تُقَدَّر في كل زمان بما يناسبه.

المبحث الرابع: أثر العرف في التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع أو الضرر. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً.

المطلب الثاني: أثر العرف في التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع أو الضرر.

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً.

المقصود بالشقاق أو الضرر: النزاع الشديد بين الزوجين، وإيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرِّح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحو ذلك من الإساءة.[1]

فالحياة الزوجية التي ينعم بها الزوجان، هي الحياة التي تسودها المحبة والرحمة والتفاهم وتقدير كل واحد من الزوجين للآخر، ولا يَضُر الحياة الزوجية أن يمر الزوجين بين الحين والآخر بما يُكَدِّر صفو عيشهم، فالحياة الزوجية قلما تخلو من المنغصات.

ولم يجعل الله تعالى للزوج على زوجته سبيلاً ما دامت تفي بحقوق الزوجية، فإن نشزت فقد خوله الشارع سلطة التأديب في حدود ما أمر، قال تعالى: (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً * وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً)[2].

فإذا تجاوز الزوج الحد المشروع فهل يجوز للزوجة في حالة النزاع والشقاق المستحكم أن تطلب التفريق أم ليس لها ذلك؟ **اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:**

---

[1] – الفقه الإسلامي، الزحيلي، ج9، ص495. تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص221.

[2] – سورة النساء، آية 34، 35.

المذهب الأول: ذهب الحنفية[1] والشافعية[2] وأحمد في رواية[3] إلى أنه لا يجوز التفريق بسبب الشقاق والنزاع، فإذا رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي طالبة الفراق للشقاق والنزاع لا يجيبها لطلبها، وإنما يزجر الزوج ويمنعه من الظلم، ويرسل القاضي حَكَماً من أهل الزوج وحَكَماً من أهل الزوجة للإصلاح بين الزوجين عند النزاع الشديد.

المذهب الثاني: ذهب المالكية[4] وأحمد في الرواية الثانية[5] إلى أنه يجوز التفريق بسبب الشقاق والنزاع، فإذا رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي طالبة الفراق للشقاق والنزاع وأثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها.

أدلة المانعين للتفريق بسبب الشقاق والنزاع:

1. قوله تعالى: (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً)[6]. وجه الدلالة: حددت الآية طرق علاج النشوز بالوعظ ثم الهجر ثم الضرب ولم يرد فيها التفريق، فالحكمان للصلح وبيان مصدر الظلم لا التفريق بين الزوجين بدون إذنهما.[7]
2. إن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.[8]
3. الفراق يحصل بالطلاق والمخالعة، والطلاق حق الرجل، ودفع المال في المخالعة حق المرأة، فلا يجوز إلا بإذنهما، ولا ولاية لأحد عليهما مع الرشد، فلا يجوز للقاضي التفريق بينهما بدون موافقة منهما.[9]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص614.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص345. روضة الطالبين، النووي، ج7، ص371.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص167.

[4] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص99.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص167.

[6] – سورة النساء، آية34.

[7] – جامع البيان، الطبري، ج8، ص325.

[8] – الفقه الإسلامي، الزحيلي، ج9، ص495.

[9] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص345. المغني، ابن قدامة، ج8، ص167.

4. إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، والوكيل ليس له أن يتصرف إلا فيما وكل به، وهما لم يوكلا بالطلاق.[1]

أدلة المجيزين للتفريق بسبب الشقاق والنزاع:

1. قوله تعالى: (وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ)[2]. وقوله تعالى: (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)[3]. وجه الدلالة: إن الإمساك يتعين فيه المعروف، فإن لم يتحصل المعروف كان الإمساك حراماً، ولا شك أنه ظلم، وإزالة الظلم واجب، فإذا تعين التطليق سبيلاً لرفع الظلم كان جائزاً، وكذلك الإمساك مع الشقاق إمساك بغير معروف فتعين التسريح بإحسان.[4]
2. قول الرسول ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[5]. وجه الدلالة: إذا كان الضرر مستحكماً ولا سبيل لرفعه إلا التفريق، وجب التفريق دفعا للضرر.[6]
3. أسند الله إلى الحكمين الإرادة في الإصلاح، وهذا يدل على أنهما حاكمان لا وكيلين، لأن المعتبر في التوكيل إرادة الموكل لا الوكيل.[7]

الرأي الراجح: بعد عرض الأدلة يترجح لي رأي المجيزين للتفريق بسبب الشقاق والنزاع؛ وذلك لقوة أدلتهم، ولأن استمرار الشقاق والنزاع ظلم وضرر، والظلم والضرر يجب إزالتهما، وإزالة الضرر والظلم إن فشل الصلح لن يكون إلا بالتفريق. ثم إن الآية التي استدل بها المانعون للتفريق وهي: (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ....) ليست في مكانها فهي جاءت لعلاج النشوز لا الشقاق.

---

[1] – أحكام القرآن، الجصاص، ج3، ص152. المغني، ابن قدامة، ج8، ص167.

[2] – سورة البقرة، آية231.

[3] – سورة الطلاق، آية 2.

[4] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص99. المغني، ابن قدامة، ج8، ص169. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص465.

[5] – سبق تخريجه، ص151.

[6] – عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، نايف محمد الجنيدي،ص160، إشراف الأستاذ الدكتور حسين الترتوري، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي في جامعة الخليل،1428هـ – 2007م.

[7] – الجامع لأحكام القرآن، القرطبي،ج5، ص176. المغني، ابن قدامة، ج8، ص169.

المطلب الثاني: أثر العرف في التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع أو الضرر.

حرص القرآن الكريم على علاج النشوز سواء أكان من قبل الزوج أو الزوجة، وأمرهما بحسن المعاشرة والسعي إلى الإصلاح بكافة الوسائل، حرصاً على استمرار الحياة الزوجية على أساس من المودة والرحمة.

إلا إنه لم ينص على التفريق بين الزوجين إذا فشلت وسائل إصلاح الحياة الزوجية، وتعذر استمرارها على الوجه المقصود شرعاً، فإذا تضرر الزوج من زوجته كان له طلاقها ليتخلص منها، أما إذا تضررت المرأة من نشوز زوجها وعجزت عن منعه من ذلك، واستعانت بالأهل والحكمين، فلم يكف الزوج عن ايذائها كان لها أن تلجأ إلى المخالعة وفداء نفسها منه بما تملك من المال أو المهر المدفوع لها، وهذا مشروط برضا الزوج وموافقته، فإذا حاولت الزوجة الاتفاق مع زوجها الذي يؤذيها ويسيء إليها وتتضرر منه، أن تفتدي نفسها بما يشاء من مال، فأبى، فإن الزوج في هذه الحالة يكون مضاراً، ويصدق عليه ما قاله رسول الله ﷺ لصاحب النخلة إنما أنت مضار، وقال لصاحب البستان اذهب فاقلعها، فعَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ، قَالَ: وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ، قَالَ: فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى، فَأَتَى النَّبِيّ –ﷺ– فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ النبي –ﷺ– أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ « فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا ». أَمْرًا رَغَّبَهُ فِيهِ فَأَبَى، فَقَالَ: « أَنْتَ مُضَارٌّ ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ –ﷺ– لِلأَنْصَارِي « اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْلَهُ »[1].

"قال أحمد في رواية حنبل بعد أن ذكر له هذا الحديث: كل ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان".[2]

فإذا حصل ذلك من الزوج، كان للحاكم أن يفرق بينهما على وجه يحقق العدالة للطرفين، لأن الضرر يزال، ونستطيع هنا لتغير العرف ومن باب السياسة الشرعية أن نغير من وسائل الإصلاح بما

---

[1] – سنن أبي داود،ج3،ص352. حكم عليه الألباني بأنه ضعيف، في سلسلة الأحاديث الضعيفة،ج3، ص555، رقمه: 1375.

[2] – جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، الإمام الحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب حديث 32،ص14،حقق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه : الدكتور ماهر ياسين الفحل.

يحقق الغاية المرجوة وهي أن يكون التفريق العلاج النهائي لمشكلة استعصت بين الزوجين، فقد نعطي القاضي الحق في التعرف على أسباب النزاع والشقاق، ومحاولة التوصل إلى طريقة مرضية لاستمرار الحياة الزوجية، وقد نعطي القاضي حق حبس الظالم مدة معينة على أمل الرجوع عن ظلمه، وقد يضرب القاضي أجلاً للإصلاح بين الطرفين أو يحيلهما إلى محكّمين، أو غير ذلك من الوسائل المشروعة التي يجب أن تبذل للإصلاح قبل أن يقرر التفريق، مع مراعاة اختلاف أحوال الناس وبيئاتهم، فقد يُصلح هذا ما لا يصلح ذاك، وقد تكون المرأة شريفة يسيئها ما لا يسيئ غيرها، أو وضيعة ترضى بما لا يرضى به غيرها، فكل ذلك يجب مراعاته والتفطّن إليه، لأن مقصد الشارع الأصلي من الزواج الديمومة والاستمرار، على أساس من المودة والرحمة، ولا يصار إلى هدم الزواج إلا إذا تعذر تحقيق مقصده بشتى الوسائل المتاحة.[1]

موقف القانون في هذه المسألة.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بقول المالكية ومن قال برأيهم، حيث نصت المادة (132) على جواز التفريق للشقاق والنزاع إذا أثبته المدعي منهما، (إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية...).

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو ، ص229–232.

الفصل الرابع: أثر العرف على آثار النكاح. وفيه ستة مباحث:

المبحث الاول: أثر العرف على المهر.

المبحث الثاني: أثر العرف على النفقة.

المبحث الثالث: أثر العرف في متاع البيت.

المبحث الرابع: أثر العرف على الرضاعة.

المبحث الخامس: أثر العرف على الحضانة.

المبحث السادس : أثر العرف على النسب.

المبحث الأول: أثر العرف على المهر. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المهر ومشروعيته.

المطلب الثاني: مقدار المهر وأثر العرف فيه.

المطلب الثالث: المهر المعجل والمؤجل وأثر العرف فيه.

المطلب الرابع: المتعة للزوجة وأثر العرف فيها.

المطلب الأول: تعريف المهر ومشروعيته.

المهر لغة: الصَّداق، والجمع مُهور.[1]

المهر اصطلاحاً:

عرفه الحنفية: اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع، إما بالتسمية أو بالعقد.[2]

وعرفه المالكية: ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها.[3]

وعرفه الشافعية: اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء.[4]

وعرفه الحنابلة: العوض المسمى في النكاح.[5]

مشروعية المهر:

الأصل في مشروعية المهر الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب: قوله تعالى: (وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)[6].

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج5، ص184.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص100.

[3] – الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص293.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج7، ص249.

[5] – المبدع، ابن مفلح، ج7، ص120.

[6] – سورة النساء، آية 4.

من السنة: عن أنس –رضي الله عنه– قال: رأى النبي ﷺ على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة، فقال: مَهْيَم[1]، أو مَهْ، قال: تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أَوْلِمْ ولو بشاة.[2]

الإجماع: أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصداق في النكاح.[3]

المطلب الثاني: مقدار المهر وأثر العرف فيه.

اتفق الفقهاء[4] على أنه لا حد لأكثر المهر، وذلك لقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً)[5].

وأما أقل المهر فقد اختلف الفقهاء فيه:

فذهب الشافعية[6] والحنابلة[7] إلى أن أقل المهر غير مقدر، بل كل ما جاز أن يكون ثمناً أو مبيعاً أو أجرة أو مستأجراً جاز أن يكون صداقاً قَلَّ أو كَثُر ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول.

وذهب الحنفية[8] والمالكية[9] إلى أن المهر مقدر الأقل، إلا أنهم اختلفوا في مقداره فذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم، ويرى المالكية أن أقل المهر ربع دينار أو ثلاثة دراهم.

---

[1] – مَهْيَمْ كلمة يمانية معناها ما أَمْرُك. لسان العرب، ابن منظور، ج12، ص564.

[2] –الجامع الصحيح، البخاري، ج8، ص102، رقمه: 6386.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص3.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص487. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص18. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص337. الحاوي، الماوردي، ج9، ص396. المغني، ابن قدامة، ج8، ص5.

[5] – سورة النساء، آية 20.

[6] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص397. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص292.

[7] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص5.

[8] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص115. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص152. بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص487.

[9] – بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص18.الكافي، ابن عبد البر، ج2، ص551. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص337.

الأدلة:

أدلة الشافعية والحنابلة القائلين بأن أقل المهر غير مقدر[1]:

1. قول النبي ﷺ للذي زوجه: (وهل عندك من شيء، قال: لا والله يا رسول الله، فقال: اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئا، فذهب ثم رجع، فقال: لا والله ما وجدت شيئا، فقال رسول الله ﷺ: انظر ولو خاتماً من حديد)[2]. وبما روي أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله ﷺ: أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم، فأجازه.[3]
2. قول الله عز وجل : (وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ)[4]، يدخل فيه القليل والكثير من المال.

نوقش هذا الدليل: بأن الله سبحانه وتعالى شرط أن يكون المهر مالاً، والحبة والدانق[5] ليس بمال، فلا يصح المهر بهما.[6]

أدلة الحنفية والمالكية القائلين بأن أقل المهر مقدر:

1. قوله تعالى: (وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم)[7]؛ شرط سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالاً، ولا يطلق اسم المال على الحبة والدانق، فلا يصلح مهراً.[8]

نوقش هذا الدليل من وجهين[9]: الوجه الأول: إنّ ظاهر الآية متروك بالإجماع، لأنه لو نكحها بغير مهر حلت له. الوجه الثاني : إنّ ما دون العشرة مال، بدليل أنه لو قال علي مال لشخص ثم أخرج درهما قبل منه ، فدلت الآية على جواز ذلك في المهر.

---

[1] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص397. المغني، ابن قدامة، ج8، ص5.

[2] – الجامع الصحيح، البخاري، ج7، ص8، رقمه: 5087. الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص143، رقمه: 3553.

[3] – سنن الترمذي، ج3، ص420، رقمه: 1113، وقال الترمذي عنه حديث حسن صحيح، وضعفه الألباني في حكمه على سنن الترمذي. سنن ابن ماجة، ج3، ص84، رقمه: 1888.

[4] – سورة النساء، آية 24.

[5] – الدانق: سدس الدرهم، والساقط المهزول. لسان العرب، ابن منظور، ج10، ص105. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، ص298.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص489.

[7] – سورة النساء، آية 24.

[8] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص489.

[9] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص399.

2. قول النبي ﷺ: (لاَ مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ).[1]

نوقش هذا الدليل من وجهين[2]: الوجه الأول: إنه ضعيف. والوجه الثاني: على فرض صحة الحديث فإنه يحمل على امرأة بعينها، كان مهر مثلها عشرة ، فحكم لها فيه بالعشرة.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وذلك للآية التي استدلوا بها والتي تفيد أنه لا حد لأقل المهر، وللأحاديث التي تفيد أنه لا حد لأقل المهر، والتي من بينها الحديث المتفق عليه (التَمِسْ ولو خاتماً من حديد).

أثر العرف على مقدار المهر:

لم يرد نص من كتاب أو سنة أو إجماع، يحدد الحد الأعلى للمهر أو الحد الأدنى له، وبالتالي فهي مسألة متروكة لأعراف الناس وعاداتهم في كل زمان ومكان، فتقدير المهر يختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر بحسب أعراف الناس، وبحسب ما يتراضى عليه الأهل، وبحسب تفاوتهم في الغنى والفقر، فيعطِي كلٌ منهم بحسب حاله، وحال من يرغب في الزواج بها.[3]

موقف القانون في هذه المسألة:

أخذ القانون في هذه المسألة بقول الشافعية والحنابلة حيث جاء في المادة الرابعة والأربعين: (المهر مهران: مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً، ومهر المثل وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها، وإذا لم يوجد لها أمثال من قِبَلِ أبيها، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها).

---

[1] – السنن الكبرى، البيهقي، ج7، ص240، رقمه: 14777. حكم عليه الزيلعي: بأنه ضعيف، في نصب الراية، ج3، ص199.الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص115. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص152. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص18.

[2] – الحاوي، الماوردي، ج9، ص399.

[3] – الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة قاريوني، بنغازي، الطبعة السادسة، 1993م. أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر، ص119.

المطلب الثالث: المهر المعجل والمؤجل وأثر العرف فيه.

يجوز تعجيل المهر وتأجيله، كما يصح تعجيل بعضه وتأجيل بعضه، ويصح أن يقسط المهر على أقساط باتفاق الزوجين، لأنه عوض في عقد معاوضة فجاز فيه ذلك كالثمن في البيع.[1]

واختلف الفقهاء في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: إذا اتفق الزوجان على مهر، ولم يذكرا تأجيله أو تعجيله، ففي هذه الحالة قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية[2] إلى أن الحكم لعرف بلدهما، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا كان العرف جارياً بتعجيل كل المهر كان المهر معجلاً، وإن كان جاريا بتأجيله كان مؤجلاً، وإن كان جارياً بتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر كان كذلك.

القول الثاني: ذهب المالكية[3] والحنابلة[4] إلى أن المهر يكون معجلاً، قياساً على تعجيل الثمن في عقد البيع إذا لم يذكر تعجيله أو تأجيله.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الحنفية بأن الحكم للعرف، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

موقف القانون في هذه المسألة:

جاء في المادة الخامسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية: (يجوز تعجيل المهر وتأجيله كله أو بعضه، على أن يؤيد بوثيقة خطية، وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر معجلاً). ففي حالة عدم التصريح بالتأجيل فإن المهر يعتبر معجلاً، وهذا أخذ من المذهب المالكي والحنبلي.

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص22. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر،ص187. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص170.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين،ج3، ص144. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص191. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص170.

[3] – الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص296، 304.

[4] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص22.

المسألة الثانية: إذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر، ولم يذكرا لتأجيله أجلاً معيناً، ففي هذه الحالة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة[1] إلى أن الأجل يبطل، ويكون المهر حالاً.

القول الثاني: ذهب الشافعية[2] إلى أن المهر يفسد بذلك، ولها مهر المثل؛ لأنه عوض مجهول المحل فيفسد كالثمن في البيع.

القول الثالث: ذهب أحمد[3] إلى أن المهر صحيح، وتستحقه الزوجة بالفرقة أو الموت؛ وذلك لأن الأجل المطلق يحمل على العرف والعادة، والعرف والعادة ترك المطالبة به إلى حين الفرقة أو الموت فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك.

القول الرابع: ذهب المالكية[4] إلى أنه إن ذكر أن المهر مؤجل ولم يقيد الأجل بمدة فسد المهر، وفسخ العقد قبل الدخول، ووجب مهر المثل بعد الدخول ولم يفسخ العقد. هذا إذا لم يجر عرف بأن المؤجل عند الإطلاق يدفع في زمن معين، فإن كان عرف فهو إلى الزمن الذي يعينه العرف.

الرأي الراجح: يترجح لي أن المهر صحيح، وتستحقه الزوجة بالفرقة أو الموت، لأن هذا راجع إلى عرف الناس، فالثابت عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا تعارف أهل بلد على نمط معين صح، والذي جرى عليه العرف في بلاد المسلمين منذ مدة طويلة هو ما نص عليه الإمام أحمد. وتعجيل المهر وتأجيله يعود لعرف كل بلد –كما ذكرت–، ففي السعودية مثلا المهر كله عندهم معجل أما عندنا في بلاد الشام المهر معجل ومؤجل وهكذا.

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص190. المغني، ابن قدامة، ج8، ص22. إعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص81.

[2] – حاشية الشرقاوي، أبو يحيى زكريا الأنصاري، ج2، ص270، طبعة الحسينية، مصر. المغني، ابن قدامة، ج8، ص22. إعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص81.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص22. إعلام الموقعين، ابن القيم، ج3، ص81.

[4] – الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص304. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص22.

موقف القانون في هذه المسألة:

جاء في المادة السادسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية: (إذا عينت مدة للمهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل، ويشترط في الأجل أنه إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة مثل إلى الميسرة أو إلى حين الطلب أو إلى الزفاف فالأجل غير صحيح، ويكون المهر معجلاً، وإذا لم يكن الأجل معيناً اعتبر المهر مؤجلاً إلى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين). ففي حالة تأجيل المهر ولم يكن الأجل معيناً اعتبر المهر مؤجلاً إلى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين، وهذا أخذ من مذهب الإمام أحمد.

المطلب الرابع: المتعة للزوجة وأثر العرف فيها.

تحدث القرآن الكريم عن المتعة في آيات عدة منها، قوله تعالى: (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)[1].

فقد ذكرت الآية المتعة للمطلقة قبل المس وقبل الفرض، وأما التي طلقت بعد الفرض وقبل المس فلا متعة لها؛ لأن لها نصف المهر، أما التي طلقت بعد المس والفرض فلها المهر.

وأما حكم المتعة فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعي في الجديد[2] وأحمد في رواية عنه[3] إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهر. ودليلهم عموم قول الله عز وجل: (وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ)[4]. أما التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهر فلا متعة لها لقوله تعالى: (وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ)[5].

---

[1] – سورة البقرة، آية 236.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص317.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص47.

[4] – سورة البقرة، آية 241.

[5] – سورة البقرة، آية 237.

القول الثاني: ذهب المالكية[1] إلى أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال، لقوله تعالى: (مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)[2]، فخص الله المحسنين بها على سبيل الإحسان والتفضل، والإحسان ليس بواجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم.

القول الثالث: ذهب الحنفية[3] والشافعي في القديم[4] وأحمد في ظاهر المذهب[5] إلى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يُسَمَّ لها مهرٌ في العقد، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتيعهن، وذلك لقوله تعالى: (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)[6]. ويحمل معنى الأمر في الآية التي استدل بها الشافعية على الاستحباب.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الحنفية والشافعي في القديم وأحمد في ظاهر المذهب من وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يُسَمَّ لها مهرٌ في العقد، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتيعهن، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها، فقد دلت الآية على وجوب المتعة المطلقة قبل مس وقبل الفرض وما عداها حدد لها قدر من المهر إما كله او نصفه وهكذا، ويحمل معنى الأمر في الآية التي استدل بها الشافعية على الاستحباب.

وأما مقدار المتعة فقد اختلف فيه الفقهاء:

فالمتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسراً وعسراً، لقوله تعالى: (عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ)[7]. ومرجع التقدير فيها إلى الاجتهاد في ضوء ما تعارف الناس عليه، وهذا مما يختلف باختلاف الأشخاص والعصور والبلاد.

---

[1] – بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص97. الكافي، ابن عبد البر، ج2، ص617. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص 384.

[2] – سورة البقرة، آية 236.

[3] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص158. الاختيار، ابن مودود، ج3، ص116.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص317.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص47.

[6] – سورة البقرة، آية 236.

[7] – سورة البقرة، آية 236.

ذهب الحنفية إلى أن المتعة الواجبة هي: درع وخمار وملحفة، لا تزيد على نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم.[1]

وذهب الشافعية[2] إلى أن مقدار المتعة الواجبة عندهم وجهان: الأول: يستحب أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً أو ما يساويها، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب. الوجه الثاني: يقدرها الحاكم.

وأما المذهب الحنبلي[3] فاختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه أن أعلى المتعة خادم إذا كان الزوج موسراً وأدناها إذا كان فقيراً كسوة تُجْزِئها في صلاتها وهي درع وخمار أو نحو ذلك، وروي عنه: أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم.

وهذا هو عرفهم في زمانهم.

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة الخامسة والخمسين: (إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تُعَيَّن حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل). ما أخذ به القانون في حال وقوع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة من وجوب المتعة، هو قول الحنفية والشافعي في القديم وأحمد في ظاهر المذهب. وما أخذ به القانون من عدم جواز الزيادة على نصف مهر المثل، هو قول الحنفية.

وأما تقدير المتعة فقد ترك القانون تعيينها وتقديرها إلى العرف والعادة.

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص158. الاختيار، ابن مودود، ج3، ص116.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص318.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص53.

المبحث الثاني: أثر العرف على النفقة. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النفقة وحكمها.

المطلب الثاني: طرق إيصال النفقة، ووقت وجوبها، وأثر العرف عليها.

المطلب الثالث: مقدار النفقة وأثر العرف عليها.

المطلب الرابع: نفقة المرأة العاملة وأثر العرف عليها.

المطلب الأول: تعريف النفقة وحكمها.

النفقة لغة: نَفق الشَّيء نَفقًا: نَفِدَ، يقال: نفق الزاد، ونفقت الدراهم، ونفقت الدابة، أي هلكت ونفدت. ويقال: نَفَقَ البيع نَفَاقاً أي راج. ويقال: أنفق فلان أي افتقر وذهب ماله.[1]

النفقة اصطلاحاً:

عرفها الحنفية: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه.[2]

وعرفها المالكية: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سَرف.[3]

ولم يفصل الشافعية في التعريف فقالوا: من الإنفاق وهو الإخراج.[4]

وعرفها الحنابلة: بأنها كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوة ومسكناً وتوابعها.[5]

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج10، ص357. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج2، ص 942.

[2] – فتح القدير، ابن الهمام، ج4، ص378.

[3] – الفواكه الدواني، النفراوي، ج3، ص 1076.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3،ص558. حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، ج4،ص70، دار الفكر، 1419هـ – 1998م، لبنان / بيروت، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات. فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، الشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري، ج4، ص59، دار الفكر، بيروت.

[5] – الروض المربع، البهوتي، ج1، ص403.

حكم النفقة:

نفقة الزوجة واجبة على زوجها، بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: قوله تعالى: (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا)[1] ومعنى قدر عليه أي ضيق عليه.

أما السنة: عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ هِنْدٌ أُمُّ مُعَاوِيَةَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ: (إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا، قَالَ: خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ)[2].

أما الإجماع: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن، إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن.[3]

المطلب الثاني: طرق إيصال النفقة، ووقت وجوبها، وأثر العرف عليها.

أولاً: طريق إيصال النفقة إلى الزوجة، وأثر العرف عليها.

المتعارف عليه في بلاد المسلمين قديماً وحديثاً، أن الزوج ينفق على زوجته ونفسه وأولاده ما يحتاجون إليه وما يلزمهم من متطلبات الحياة، ولم تجر العادة بأن يدفع الزوج لزوجته نفقتها في كل يوم أو شهر أو سنة، لا مالاً ولا عيناً من طعام أو كسوة أو نحو ذلك، ولا يُلجأ إلى تقدير النفقة وإلزام الزوج بدفعها إلا إذا حصلت خصومة بسبب بخله أو غيبته أو إعساره ، حين ذلك يُلجأ إلى تقديرها إما بالتراضي وإما بحكم وتقدير القاضي.[4]

---

[1] – سورة الطلاق، آية 7.

[2] – سبق تخريجه، ص25.

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني،ج5، ص109. فتح القدير، ابن الهمام، ج4، ص378. بداية المجتهد، ابن رشد،ج2، ص54. مغني المحتاج، الشربيني، ج3،ص558. المغني، ابن قدامة، ج9، ص230.

[4] –المبسوط، السرخسي ،ج5، ص161. روضة الطالبين، النووي،ج9، ص53. أحكام الزواج، الأشقر، ص281. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص213.

موقف القانون في المسألة.

وما ذكرته سابقاً هو ما أخذ به القانون، فلم يلزم الزوج بدفع النفقة إلى الزوجة إلا إذا امتنع عن الإنفاق أو ثبت أنه مقصر في ذلك، وجاء في المادة السادسة والستين، فقرة (ب): (يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا أمتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره).

ثانيا: بداية وجوب النفقة، وأثر العرف عليها.

اختلف الفقهاء في بداية وجوب النفقة للزوجة، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[1] والشافعي في القديم[2] إلى أن النفقة تجب من حين العقد، فإذا طالبها بالانتقال فرفضت، فإنها تكون بذلك ناشزاً لا تستحق النفقة.

القول الثاني: ذهب المالكية[3] والشافعي في الجديد[4] والحنابلة[5] إلى أنه لا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا بالتمكين من نفسها بعد العقد الصحيح.

أدلة القائلين بأن النفقة تجب من حين العقد:

1. عموم قول الله عز وجل: (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ)[6]. فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالإنفاق عليهن دون تقييد بوقت، فدل هذا على وجوب النفقة لهن من حين العقد.[7]
2. عموم قول النبي ﷺ:(وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[8]، وهذا يوجب لهن النفقة من حين العقد.[9]

---

[1] – المبسوط، السرخسي ،ج5، ص166. بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص114.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني، 35، ص570.

[3] – الكافي، ابن عبد البر، ج2، ص559. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص54.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج5، ص570.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231. المبدع، ابن مفلح، ج8، ص162.

[6] – سورة الطلاق، آية7.

[7] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج41، ص36.

[8] – الجامع الصحيح، مسلم،ج4،ص39، رقمه: 3009.

[9] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج41، ص36.

3. ولأن حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه؛ لأنها ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه.[1]

أدلة القائلين بأن النفقة تجب بالتمكين:

1. ما روي أن النبي ﷺ عقد على عائشة رضي الله عنها وهي ابنة ست سنين[2]، ولم ينفق عليها إلا بعد أن دخل بها، فدل ذلك على أن النفقة إنما تجب بالتمكين لا بالعقد، إذ لو كانت حقاً لها لما منعها إياها، ولو كان قد أنفق عليها لنقل إلينا، ولما لم ينقل أنه أنفق عليها، دل هذا على عدم وجوبه إلا بالتمكين.[3]
2. ولأن العقد يوجب المهر، فلا يوجب عوضين مختلفين، أي المهر والنفقة لجهالة النفقة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً.[4]

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الجمهور وهو أن النفقة تجب بالتمكين، وذلك لأن النبي ﷺ لم ينفق على عائشة رضي الله عنها إلا بعد الدخول والتمكين وفعله ﷺ حجة في ذلك، ويحمل ما استدل به الحنفية من أدلة على الاستحباب لا الوجوب فلا مانع من أن ينفق الزوج على زوجته قبل التمكين.

أثر العرف في بداية وجوب النفقة.

المتعارف عليه في بلادنا، أن الزوجة لا تستحق النفقة من يوم العقد عليها، ويرون أن ذلك واجب على الزوج من حين انتقالها إلى بيت الزوج.

في حين أن بعض الباحثين اعتبر أن هذا العرف الجاري وهو أن الزوجة لا تستحق النفقة إلا بعد الدخول والانتقال عرف خاطئ.[5]

وبناءً على ذلك: فإن للعرف في هذا الموضوع تأثيراً كبيراً، فكل أهل منطقة وزمان لهم عرفهم الخاص بهم، فالبعض يرى أن النفقة تجب بالعقد، والبعض الآخر يرى أن النفقة تجب بالتمكين.

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص114.

[2] – سبق تخريجه، ص111.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص570.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص570.

[5] – أثر العرف في مسائل الزواج، نواف الشويعر، ص137.

موقف القانون في المسألة.

جاء في المادة السابعة والستين: (تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها بالنقلة وامتنعت بغير حق شرعي، ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهيئته سكناً شرعياً لها).

أخذ القانون برأي الحنفية في وقت بداية وجوب النفقة، وهو من حين العقد الصحيح.

المطلب الثالث: مقدار النفقة وأثر العرف عليها.

اختلف الفقهاء في مقدار نفقة الزوجة إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعي في القديم[3]، والحنابلة[4]، إلى أنها مقدرة بكفايتها.

القول الثاني: ذهب الشافعي في الجديد[5]، إلى أنها مقدرة بمقدار محدد.

أدلة القائلين بأنها مقدرة بالكفاية.

1. قوله تعالى: (وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[6]، وجه الدلالة: إن الله عز وجل أوجب على المولود له – وهو الزوج – نفقة زوجته من غير تحديد بمقدار معين، فيكون على الكفاية في العرف والعادة، كرزق القاضي والمضارب.[7]
2. قول النبي ﷺ: (وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[8]، فرسول الله ﷺ قيد النفقة الواجبة على الأزواج للزوجات بالمعروف ، والمعروف إنما هو الكفاية دون غيره.[9]

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص145.

[2] – الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص509. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص54.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص559.

[4] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص559.

[6] – سورة البقرة، آية 233.

[7] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص146. المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231.

[8] – سبق تخريجه، ص175.

[9] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231.

3. قول النبي ﷺ لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[1]، فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، وإنما باجتهادها في التقدير.[2]

أدلة القائلين بأنها مقدرة بمقدار محدد.

1. احتجوا لأصل التفاوت بين الموسر والمعسر بقول الله عز وجل : (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا)[3].[4]
2. وأما التقدير فبقياس نفقة الزوجة على الكفارة بجامع أن كلاً منهما مال وجب بالشرع.[5]

الرأي الراجح: يترجح لي أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية، وذلك للأدلة التي ساقها الجمهور التي تدل على أن النفقة مقدرة بالمعروف أي بالكفاية.

أثر العرف في مقدار النفقة.

المعتبر في مقدار النفقة الواجبة الكفاية بالمعروف، فالنساء يتفاوتن في مقدار ما يكفيهن طعاماً وكسوة وسكنى وتطبيب وخدمة، وهذه الحاجة تقدر بالمعروف بحسب الأعراف والعادات في كل بلد، أو بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال، من رخص وغلاء، وشباب وهرم، وشتاء وصيف.

وقد أطال الفقهاء في تحديد القدر الذي يلزم الزوج لنفقة زوجته، ولهم في ذلك تفصيلات مفيدة، وأكثرها مبنية على أعراف زمانهم، وقد تغيرت كثير من تلك الأعراف، وكل قوم بحاجة إلى تقدير النفقة، وفق العرف الذي يسود مجتمعاتهم.[6]

---

[1] – سبق تخريجه، ص25.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص559.

[3] – سورة الطلاق، آية 7.

[4] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص559.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص559.

[6] – المبسوط، السرخسي ،ج5، ص162. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص54.الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص509. روضة الطالبين، النووي، ج9،ص 40. المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231. أحكام الزواج، الأشقر، ص284. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص219.

موقف القانون في المسألة.

جاء في المادة السادسة والستين من قانون الأحوال الشخصية، فقرة(أ): (نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم). وجاء في المادة السبعين: (تفرض نفقة الزوجية بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، وتجوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته، على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة، وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين، أو بحكم القاضي، وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي). يتضح من هاتين المادتين أن القانون قد أخذ برأي الجمهور، وهي أن النفقة مقدرة بالكفاية. وقد أحسن القانون بتقديرها بالكفاية حتى تلائم حاجة كل قوم، وفق العرف الذي يسود مجتمعاتهم.

المطلب الرابع: نفقة المرأة العاملة وأثر العرف عليها[1].

ذهب الفقهاء[2] إلى أن الزوجة المحترفة لا نفقة لها إذا لم يرض الزوج بعملها، وطلب منها عدم العمل ولم تمتثل له، لأن احترافها وعملها بعد نهي الزوج لها ومنعها من العمل يكون نشوزاً، والناشز لا تجب لها النفقة، وكذلك الحكم إذا رضي باحترافها أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تمتثل. وعللوا ذلك بفوات التسليم الكامل الذي هو شرط وجوب النفقة.

ولكن هل زواج الرجل بامرأة محترفة تمارس عملاً معيناً قبل الزواج وتلتزم به وهو يعلم أنها تمارسه وقد رضي به بداية الأمر، يجيز له بعد الزواج أن يمنعها من هذا العمل، فإذا رفضت ذلك تعتبر ناشزاً ولا نفقة لها؟

بمعنى آخر: هل هذا الحكم الذي نص عليه الفقهاء مبني على العرف، فيجوز أن يتغير بتغير أعراف الناس وعاداتهم، أم هو حكم شرعي ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان؟

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص74.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص577. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص55. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص570. المغني، ابن قدامة، ج9، ص 231. الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ص239. تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص74.

إن هذا الحكم يتغير بتغير أعراف الناس وزمانهم، فليس من حق الزوج الذي رضي بعمل الزوجة صراحة أو ضمناُ قبل العقد عليها أن يأتي بعد العقد ويطلب منها ترك العمل، وأن هذا لو حصل لا يكون نشوزاً مانعاً من استحقاقها للنفقة شريطة أن تكون معذورة في هذا لضرورة أو حاجة ملحة.

فهذا حكم من أحكام السياسة، إذ لا نص يدل على اعتباره بعينه مسقطاً للنفقة أو غير مسقط، وإنما جاء هذا الحكم من الفقهاء باعتباره نشوزاً، وبالتالي اسقاط النفقة، بناء على عرف عندهم وهو أن عمل المرأة غير ضروري ولا حاجة له فالمرأة مكفولة بنفقة زوجها وماله، وطاعة الزوج واجبة، فلا تترك الواجب لغير ضرورة.

وقد ظهر نتيجة تغير العرف وتبدل الظرف، أن عمل المرأة أصبح ضرورياً لسد حاجات الأسر، خصوصاً في هذه الأيام التي استحكم بها الغلاء الفاحش، كما هو ضروري لسد حاجات المجتمع من المعلمات والطبيبات بدلاً من يقوم بذلك الرجال[1]. كما أن تغير العرف بالنسبة لتعليم المرأة، وما يترتب عليه من تكاليف مالية باهظة، أدى بالمرأة كثيراً إلى الدراسة وفق نظام الالتزام على نفقة جهة معينة، كوزارة التربية والتعليم مثلا، وتشترط الوزارة على المرأة أن تعمل لديهم مدة من الزمن، فإذا انقطعت المرأة عن العمل قبل نهاية مدة الالتزام فإنها تدفع مبالغ مالية تعادل أو تزيد نفقات تعليمها. وقد تُوقِّع المرأة عقداً مع احدى الشركات لمدة زمنية تلتزم فيها المرأة بالعمل دون استقالة خلال المدة، وفي حال عدم الالتزام يترتب عليها دفع مبالغ مالية قد لا تستطيع المرأة دفعها تنفيذاً لشروط هذا العقد.

وبالتالي فلا يجوز أن يترك عمل المرأة التي وافق الزوج عليه عند العقد صراحة أو ضمناً لمزاج الزوج فإذا رضي تركها تعمل، وإذا غضب أو رفضت إعطاءه شيئا من المال الزمها بترك العمل، وإنما الواجب في مثل هذه الحالات أن يعلم الزوج أن من حقه الاحتباس الكامل، ومن حقه أن لا يقدم على زواج امرأة عاملة، فإن كانت عاملة ورضي بعملها صراحة أو أعلمته بعملها فلم ينكره

---

[1] – عمل المرأة المسلمة، المحامي الدكتور مسلم بن محمد جودت اليوسف – مدير معهد المعارف لتخريج الدعاة في الفلبين سابقاً، والباحث في الدراسات الفقهية والقانونية–، ص4، abokotaiba@hotmail.com. عمل المرأة، إعداد موقع المنبر، ص3، http://www.alminbar.net / نشره موقع صيد الفوائدhttp://www.saaid.net /

عليها، ولم يطلب منها تركه قبل العقد، فإن هذا الرضا مسقط لحقه في الاحتباس الكامل بعد العقد ويبقي من حقه الاحتباس الناقص، فكأنه تزوجها على هذا الشرط وهو وإن لم يكن منصوصاً عليه في العقد فقد الزمه العرف، ومن الثابت أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وفي ذلك رفع للظلم عن أحد العاقدين، ومنع للضرر المتوقع من ترك العمل، وضبط لأمور القضاء وهي مصلحة عامة، حتى لا يبقى أمر استحقاقها للنفقة قضاء مرهوناً بقوله "موافق على عملها" فلا تكون ناشزة، أو "غير موافق" فتنشر. وهذا أمر مع فساد الزمان وضعف الوازع الديني عند الأزواج لا يجوز أن يبقى بدون ضابط قضائي، شريطة أن تكون معذورة في عملها –كما سبق–.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة الثامنة والستين من قانون الأحوال الشخصية: (لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج). وهذا النص يلتقي مع ما ورد على لسان الفقهاء بخصوص عمل المرأة خارج البيت. ولكن استقر عمل المحاكم الشرعية على أنه ليس للزوج منع الزوجة من العمل إذا تزوجها وهي تعمل، ولا يعتبر خروجها للعمل نشوزاً، لأن عدم اشتراطه عليها ترك العمل موافقة ضمنية على عملها.[1]

والصواب هو التوسط بين ما ذهب إليه الفقهاء وما ذهبت اليه محكمة الإستئناف، والتوسط بينهما هو العدل الموافق لروح الشريعة التي تقتضيه أحكام السياسة الشرعية، ومضمون هذا التوسط أن الزوجة المحترفة لا تعتبر ناشزة اذا ستمرت بعملها السابق لزوجها وكانت معذورة في ذلك، كأن يكون لعملها ضرورة عامة أو خاصة أو حاجة ملحة، أما إذا لم تكن معذرة وانما متبعة لهواها وعادتها التي تعودت عليها، فالقول بعدم نشوزها في هذه الحالة توسع لا يدخل في الشرع من أي باب، وضابط ذلك متروك للقضاء، فالقاضي يقدر كل حالة على حده، ويصدر حكمه نشوزها أو عدمه، تبعا لما يتحقق لديه من وجود العذر أو عدم ذلك. وهذا الضابط من السياسة الشرعية التي تستند الى الضرورة وتغير العرف.[2]

[1] – قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 18900. شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص227. تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص77.

[2] - تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص80.

المبحث الثالث: أثر العرف في متاع البيت. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مَن يجب عليه إعداد البيت.

المطلب الثاني: الاختلاف في متاع البيت وأثر العرف فيه.

المطلب الأول: مَن يجب عليه إعداد البيت.

اتفق الفقهاء[1] على وجوب السكن المناسب للزوجة على حسب حال الزوج وقدرته بالمعروف، لأن السكن جزء من الإنفاق الذي ألزم الله به الزوج، فالناس يتفاوتون في الغنى والفقر، والعسر واليسر، والمساكن ولوازمها من المتاع والأثاث تفاوتاً كبيراً، والشارع لا يكلف نفساً إلا وسعها، وذلك لقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ)[2].

واختلف الفقهاء فيمن يجب عليه إعداد البيت من الزوجين، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أن إعداد البيت على الزوج، لأن النفقة بجميع أنواعها من مطعم وكسوة ومسكن عليه، وتجهيز البيت بالمتاع المناسب، من المسكن. والمهر ليس عوض الجهاز، بل هو حق خالص للزوجة على زوجها، لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن.[6]

القول الثاني: ذهب المالكية[7] إلى أن إعداد البيت حق على المرأة في دائرة ما قبضته من مهرها، وما تجري به العادة بين أمثالها، فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر فليس عليها اعداد البيت إلا إذا كان هناك شرط أو عرف فيتبع، وذلك لأن العرف جرى في كل العصور والأمصار على أن المرأة هي التي تعد البيت.

---

[1] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص572، ص599. بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص54. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص509. مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص566. الروض المربع، البهوتي، ج1، ص403.

[2] – سورة الطلاق، آية 6.

[3] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص100، ص158، ص585.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج7،ص99. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، الدكتور مصطفى الخن و الدكتور مصطفى البغا وعلي الشربجي،ج2، ص73، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة،1428هـ–2007م.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج8، ص3.

[6] – الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ص226. الفقه الاسلامي، الزحيلي،ج9، ص296.

[7] – حاشية الدسوقي، ج2، ص322.

الرأي الراجح: يترجح لي أن إعداد البيت على الزوج، لأنه الملزم بالنفقة، وإعداد البيت، من نفقة المسكن، والمرأة ليست مجبرة على إعداد البيت من مهرها لأنه حق خالص لها، ثم إن أكثر النساء لا تعمل وإجبارها على إعداد البيت تكليف فوق الوسع، والشارع لا يكلف نفساً إلا وسعها، ثم إن المتعارف عليه في بلادنا أن الزوج هو الذي يقوم بإعداد البيت، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

موقف القانون في هذه المسألة.

جاء في المادة الحادية والستين من قانون الأحوال الشخصية:(المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه). أخذ القانون برأي الجمهور في أن المهر حق الزوجة.

المطلب الثاني: الاختلاف في متاع البيت وأثر العرف فيه.

والاختلاف في متاع البيت، إما أن يكون بين الأب وابنته ، وإما أن يكون بين الزوجين.

أولاً: الاختلاف بين الأب وابنته في متاع البيت وأثر العرف فيه.

إذا جهز الأب ابنته بأمتعة من غير تمليك بصيغة، فهل تملك بتسلمه والتسليم لها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[1] إلى أنه إذا جهز الأب ابنته من ماله دون أن يصرح أن هذا منه هبة لها أو عارية منه لها، وادعى بعد نقل الجهاز إلى دار الزوج أنه كان عارية، وادعت أنه كان تمليكاً بالهبة فالقول قولها إذا كان العرف يشهد بأن هذا الجهاز المتنازع عليه يقدمه الأب لابنته هبة منه، وإن كان العرف جارياً بأن الأب يقدمه عارية فالقول قول الأب، وإن كان العرف متضارباً فالقول قول الأب إذا كان الجهاز من ماله، أما إذا كان مما قبضه من مهرها فالقول قولها؛ لأن الشراء وقع لها حيث كانت راضية بذلك، وهو بمنزلة الإذن منها.

المذهب الثاني: ذهب المالكية[2] إلى أنه لو ادعى الأب أو غيره أن بعض الجهاز له، وخالفته البنت أو الزوج، قُبلت دعوى الأب أو وصيه فقط في إعارته لها إن كانت دعواه في السَّنة التي حدث فيها

---

[1] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص157.

[2] – الشرح الصغير بحاشية الصاوي ، الدردير،ج2، ص459 ، دار المعارف، مصر. فتح العلي المالك، ابن عليش، ج3،ص54.

الدخول من يوم الدخول، وكانت البنت بكراً، أو ثيباً هي في ولايته، أما الثيب التي ليست في ولايته، فلا تقبل دعواه في إعارته بعض الجهاز لها. وأما إن ادعى الأب ذلك بعد مضي سنة من الدخول، فلا تقبل دعواه إلا أن يُشهد على أن الشيء عارية عند ابنته عند الدخول أو في وقت قريب منه.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية[1] إلى أن جهاز البنت ليس ملكاً لها إلا إن ملكه لها بصيغة، أو قال هذا جهاز بنتي فيكون إقراراً بالملك لها، وإلا فهو عارية. ويصدق بيمينه إذا ادعاه في حياتها أو بعد موتها.

المذهب الرابع: ذهب الحنابلة[2] إلى إن تجهيز الأب ابنته أو أخته بجهاز إلى بيت زوجها تمليك.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الحنفية، في أن العرف هو الحكم في مثل هذه المسائل المتغيرة، فما يعد في زمان أو منطقة عارية قد يعد في زمان ومنطقة أخرى هبة، ولذلك فإن المرجع في ذلك إلى عرف البلد فيما يقضى به ويحكم، فالعرف له اعتباره لذا عليه الحكم قد يدار. وما يقدمه الأب من جهاز في بلادنا يكون تمليكاً لابنته حسب العرف.

أثر العرف في اختلاف الأب وابنته في متاع البيت.

ظهر تأثير العرف بشكل كبير في المذهب الحنفي. ولكن ما قررته باقي المذاهب في هذه المسألة من أحكام هو بناء على أعراف موجودة عندهم في ما يعد هبة وبالتالي تمليك للبنت أو ما يعد عارية وبالتالي ملك للأب.

موقف القانون في المسألة.

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة في مواده، وبالتالي يعمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة بناء على المادة(183) من القانون.

---

[1] – حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي،ج3، ص113، دار الفكر، لبنان ، بيروت، 1419هـ – 1998م، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات.

[2] – كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج4، ص299، دار الكتب العلمية.

ثانياً: الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت وأثر العرف فيه.

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الذي يسكنان فيه، وادعى كل من الزوجين أنه ملكه، ولا بينة لأحدهما على دعواه. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3]، إلى أن العرف هو الحَكَم في ذلك، فما شهد أنه خاص بأحدهما أخذه المشهود له مع يمينه.

فما كان من متاع الرجال عرفاً كالسلاح والكتب وثياب الرجال، حكم به للزوج، وما كان من متاع النساء كالحُلي وثياب النساء وخُمُرِهِنَّ، حكم به للزوجة اعتباراً للعرف والعادة.

أما إذا كانت أعيان المنزل مما يصلح للرجال والنساء كالدراهم والدنانير والعروض والبُسُط ونحوها مما يصلح للجميع، فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

القول الأول: ذهب (أبو حنيفة ومحمد)[4] والمالكية[5] إلى أن القول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة؛ لأن يده يد تصرف في المتاع، وأما يد المرأة فهي للحفظ، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ.

القول الثاني: ذهب أبو يوسف[6] إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة وعرفاً، والقول قول الزوج في الباقي؛ لأن الغالب ألا تزف الزوجة إلى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها، فيكون الظاهر شاهداً للمرأة في مقدار جهاز مثلها، فيكون القول قولها في هذا المقدار، وما زاد عنه يكون القول فيه للزوج مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له فيه.

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص555.

[2] – الفروق، القرافي، ج3، ص275.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج12، ص225.

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص555.

[5] – الفروق، القرافي، ج3، ص275.

[6] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج3، ص555.

القول الثالث: ذهب الحنابلة[1] إلى أنه بينهما، لأن أيديهما جميعاً على متاع البيت، ولا مزية لأحدهما على آخر.

المذهب الثاني: ذهب الشافعي[2] إلى أن كل ما في البيت بينهما نصفين، فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه، لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المُدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه، وقياساً على الصباغ والعطار إذا تداعيا آلة العطر أو الصبغ فإنه لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وإن شهدت العادة بأن آلة العطر للعطار وآلة الصبغ للصباغ فكذلك هنا.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن العرف هو الحَكَمُ في ذلك، فمن شهد له العرف يقضى له مع يمينه؛ لأن الظاهر يؤيده العرف. وفي حال ما إذا كانت أعيان المنزل مما يصلح للرجال والنساء يترجح لي بأن القول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة فيده يد تصرف، والعرف جرى في زمننا بأن الذي يُعِدُّ ويجهز متاع البيت هو الزوج.

أثر العرف في اختلاف الزوجين في متاع البيت.

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، يحكَّم العرف، فما شهد أنه خاص بأحدهما أخذه المشهود له مع يمينه (والحاصل أن العمدة فيما يعرف للرجال أو للنساء على ما جرى به العرف في مثل الزوجين، قالوا: حتى إن الشيء الواحد في الزمن الواحد والمكان الواحد يكون من متاع الرجل بالنسبة إلى قوم، ومن متاع النساء بالنسبة إلى آخرين والله أعلم)[3] وذلك ككتب العلم في أيامنا.

موقف القانون في المسألة.

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة في مواده، وبالتالي يعمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة بناء على المادة(183) من القانون.

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج12، ص225.

[2] – الأم، الشافعي، ج5، ص95.

[3] – مواهب الجليل، الحطاب،ج5، ص239.

المبحث الرابع: أثر العرف على الرضاعة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الرضاع لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: مقدار الرّضاع المحرّم، وأثر العرف في ضبط الرّضعة المحرِّمة.

المطلب الثالث: إجبار الأم على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية، وأثر العرف فيه.

المطلب الأول: الرضاع لغة واصطلاحا.

الرّضاع لغة: بفتح الراء وكسرها من رَضَع، ورضع الصبي أمه: إذا امتص ثديها.[1]

الرّضاع اصطلاحا: مَص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص.[2]

المطلب الثاني: مقدار الرّضاع المحرِّم، وأثر العرف في ضبط الرّضعة المحرِّمة.

أولا: مقدار الرّضاع المحرّم.

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[3] والمالكية[4] إلى أن قليل الرضاع وكثيره يحرم ولو كان مصة أو مصتين.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية[5] والحنابلة[6] إلى أن مقدار الرضاع المحرم خمس رضعات فصاعداً.

أدلة القائلين بأن قليل الرضاع وكثيره يحرِّم:

1. عموم قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ)[7]، فقد جاءت الآية مطلقة من غير تقدير بقدر معين.[8]

---

[1] – تاج العروس، الزبيدي، ج21، ص96.

[2] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص238.

[3] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص132. بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص83. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص238.

[4] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص35. الفواكه الدواني، النفراوي، ج1، ص64.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص546.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص193.

[7] – سورة النساء، آية 23.

[8] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص132. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص238.

2. قول النبي ﷺ : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)[1]. فإنه ربط التحريم بمجرد الرضاع. ويؤكده آثار عن بعض الصحابة، روي عن علي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا: قليل الرضاع وكثيره سواء.[2]
3. ولأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبي أنبت اللحم وأنشز العظم.[3]

أدلة القائلين بأن مقدار الرضاع المحرم خمس رضعات فصاعداً.

1. ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: « كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ. ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوُفِّىَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ»[4]. والمعنى والله أعلم: أن نسخ تلاوة ذلك تأخر جداً حتى إنه توفي رسول الله ﷺ وبعض الناس لم يبلغه نسخ تلاوته، فلما بلغهم نسخ تلاوته تركوه وأجمعوا على أنه لا يتلى مع بقاء حكمه.[5]
2. حديث «لا تحرم المصة والمصتان»[6] وفي رواية «لا تحرم المصة والمصتان، ولا الإملاجة والإملاجتان»[7].
3. إن علة التحريم بالرضاع هي شبهة الجزئية التي تحدث باللبن الذي ينبت اللحم وينشز العظم، أي ينميه ويزيده، وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل على الأقل، وهو خمس رضعات متفرقات.[8]

---

[1] – الجامع الصحيح، البخاري، ج3، ص222، رقمه: 2645. الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص164، رقمه: 3652.

[2] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص132. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص238.

[3] – الاختيار، ابن مودود الموصلي، ج3، ص132. البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص239.

[4] – الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص167، رقمه: 3670.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص546. المغني، ابن قدامة، ج9، ص193. المنهاج، النووي، ج10، ص29.

[6] – الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص166، رقمه: 3663.

[7] – الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص166، رقمه: 3664.

[8] – الفقه الإسلامي، الزحيلي، ج10، ص37.

مناقشة أدلة القائلين بأن قليل الرّضاع وكثيره يحرِّم:

1. رد على استدلالهم بعموم واطلاق الآية والحديث: بأن ما ذكروه في الآية والحديث إنّما هو تعليق للتحريم باسم الرضاع، وهذا مجمل، لذا جاءت السُنّة وبيّنت أن التحريم يقع بخمس رضعات فصاعدًا.[1]
2. رد على استدلالهم بأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبي أنبت اللحم وأنشز العظم: بأن الرضعة الواحدة لا تُحرِّم؛ لأنّها لا تُغني من جوع، فيكون ذلك بخمس رضعات على ما قدّرته الشريعة.[2]

مناقشة أدلة القائلين بأن مقدار الرضاع المحرِّم خمس رضعات.

1. رد على استدلالهم بحديث عائشة رضي الله عنها: بأنه مضطرب، فقد روي هذا الحديث برواية متعددة مضطربة عن السيدة عائشة رضي الله عنها.[3]
2. رد على استدلالهم بأن علة التحريم بالرضاع هي شبهة الجزئية التي تحدث باللبن الذي ينبت اللحم وينشز العظم وأقله خمس رضعات: بأن الرضاع وإن قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا.[4]
3. رد على استدلالهم بحديث «لا تحرم المصة والمصتان»: بأن ما دل على التقدير منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له: إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم، فقال: كان ذلك ثم نسخ.[5]

---

[1] – نيل الأوطار، الشوكاني، ج6، ص312.

[2] – عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، ج14، ص48، دار الفكر، بيروت، 1418 هـ – 1998 م، الطبعة الأولى، إشراف ومراجعة: صدقي جميل العطار.

[3] – تفسير المنار، محمد رشيد بن علي رضا،ج4، ص386، الهيئة المصرية العامة للكتاب،1990م. الفقه الإسلامي، الزحيلي، ج10، ص37.

[4] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص239.

[5] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج3، ص238.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة إلى أن مقدار الرضاع المحرم خمس رضعات فصاعداً، وذلك لقوّة أدّلتهم، ولأن عموم قوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ)[1] مقيد بحديث عائشة المصرح بأن المحرم خمس رضعات، ولأن فيه توسعة وتيسيراً على الناس. ومفهوم المخالفة في الأحاديث التي أخبرت أنه لا يحرم المصة ولا المصتان، لا يقوى على معارضة منطوق الحديث المصرح بأن المحرم خمس رضعات.

موقف القانون في المسألة:

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بما ذهب إليه الحنفية ومَنْ وافقهم مِنْ أن قليل الرضاع وكثيره سواء في ثبوت التحريم، جاء في المادة (26): (يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثني مِمّا هو مبيّن في مذهب الإمام أبي حنيفة.[2]

ثانيا: أثر العرف في ضبط الرّضعة المحرّمة.

لما كان الشافعية والحنابلة يشترطون عدداً معيناً من الرضعات -كما مر-، فإنهم بالتالي بحاجة إلى ضبط الرضعة المحرِّمة.

ولما كان لا نص في ضبطها من كتاب، ولا سنة، كان المعتمد في ضبط الرضعات وتعددها وتفرقها هو العرف إذ لا ضابط لها في اللغة، ولا في الشرع، فالشرع ورد بها مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردها إلى العرف.[3]

لذلك ذهب الشافعية إلى أن الرضعة المحرِّمة عرفاً، أن يرتضع الطفل إلى أن يقطع الرضاع باختياره دون عارض، ثم يعود ويرتضع، فهما رضعتان، وهكذا. أو لو قطعت المرضعة، ثم عادت إلى الإرضاع، فهما رضعتان على الأصح عند الشافعية، كما لو قطع الصبي. ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الثدي، ثم يعود إلى التقامه في الحال، ولا بأن يتحول من ثدي إلى ثدي، أو تحوله لنفاد ما في الأول،

---

[1] – سورة النساء، آية 23.

[2] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص113.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص546. المغني، ابن قدامة، ج9، ص193.

ولا بأن يلهو عن الامتصاص، والثدي في فمه، ولا بأن يقطع التنفس، ثم تعود إلى الإرضاع، فكل ذلك رضعة واحدة.[1]

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا ارتضع الصبي وقطع قطعاً بيناً باختياره كان ذلك رضعة، فإذا عاد كانت رضعة أخرى. فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريبا فهي رضعة، وإن عاد في الحال ففيه وجهان: أحدهما: إن الأولى رضعة، فإذا عاد، فهي رضعة أخرى. والوجه الآخر: أن جميع ذلك رضعة، وهو مذهب الشافعي– كما مر–.[2]

المطلب الثالث: إجبار الأم على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية، وأثر العرف فيه.

اتفق أهل العلم على عدم وجوب إرضاع المرأة لولدها إذا كانت مفارقة لزوجها.[3]

واختلفوا فيما إذا كانت على عصمة الزوج، والزوجية بينهما قائمة، فهل من حقه إجبارها، أم ليس له ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] إلى أنها لا تجبر على إرضاعه.

---

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص546.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص193.

[3] – البحر الرائق، ابن نجيم، ج4، ص220. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج3، ص161. أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، ج4، ص288. روضة الطالبين، النووي،ج9، ص88. المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[4] – الهداية، المرغيناني، ج2،ص45. الاختيار، ابن مودود الموصلي،ج4، ص10. البحر الرائق، ابن نجيم، ج4، ص220.

[5] – روضة الطالبين، النووي،ج9، ص88. المهذب، الشيرازي، ج2، ص167. تكملة المجموع، المطيعي،ج18،ص310.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

القول الثاني: ذهب أبو ثور[1] وابن أبي ليلى[2] ورواية عن مالك إلى أنه يجب عليها الإرضاع في كل حال.[3]

القول الثالث: ذهب المالكية إلى وجوب الإرضاع على الأم إن كانت مِمّن ترضع عادة، وبعدم وجوبه عليها إن لم تجر عادة مثلها بالإرضاع لولدها؛ كالشريفة أو الحسيبة في قومها، إلا إن تعيّنت لذلك.[4]

أدلة القائلين بأن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها، وهم الجمهور:

1. قوله تعالى: (وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى)[5]، إذا امتنعت عن الرضاع واختلفوا في ذلك، فقد تعاسروا، فترضع أخرى، ولا تجبر عليه.[6]
2. قوله تعالى: (لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا)[7] وذلك بإلزامها بالإرضاع مع كراهتها.[8]
3. ولأن إجبار الأم على الرضاع لا يخلو: إما أن يكون لحق الولد، أو لحق الزوج، أو لهما: ولا يجوز أن يكون لحق الزوج، لأنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها، ولا على خدمة نفسه فيما يختص به. ولا يجوز أن يكون لحق الولد؛ لأنه لو كان لحقه للزمها بعد الفرقة ولم يقله أحد؛ ولأن الرضاع مما يلزم الوالد لولده، فلزم الأب على الخصوص كالنفقة، أو كما بعد

---

[1] – هو إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، كان على مذهب الحنفية، فلّما قدم الشافعي بغداد، تبعه وقرأ كتبه ويسّر علمه، وكان من رواة القديم، قال الرافعي: أبو ثور، وإن كان معدودًا وداخلا في طبقة أصحاب الشافعي، فله مذهب مستقل، ولا يعدّ تفرّده وجهًا، توفي سنة (٢٤٠ هـ). طبقات الشافعية ، ابن قاضى شهبة، ج1، ص55. طبقات الشافعية الكبرى، السبكي، ج2، ص74. سير أعلام النبلاء، الذهبي،ج12، ص72. الأعلام، الزركلي،ج1، ص37.

[2] – محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، وُلِدَ سنة نيّف وسبعين، تعلم على أخيه عيسى، وأخذ عن الشعبي ونافع وغيرهما، مفتي الكوفة وقاضيها، لم يكن شديد الحفظ للحديث؛ لانشغاله بالقضاء، ومع ذلك كان نظيرًا للإمام أبي حنيفة في الفقه، توفي سنة (١٤٨ هـ). سير أعلام النبلاء، الذهبي،ج6، ص310. الأعلام، الزركلي،ج6، ص198.

[3] – أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، ج4، ص288. المهذب، الشيرازي، ج2، ص167. تكملة المجموع، المطيعي،ج18، 310. المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[4] – الذخيرة، القرافي، ج4، ص270. أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، ج4، ص288. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج3، ص161.

[5] – سورة الطلاق، آية 6.

[6] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[7] – سورة البقرة، آية233.

[8] – الهداية، المرغيناني، ج2،ص45.

الفرقة. ولا يجوز أن يكون لهما؛ لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض؛ ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة.[1]

أدلة القائلين بأنها تجبر على إرضاعه:

قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)[2]. الآية جملة خبرية أُريد بها الطلب لا الإخبار، فهي للوجوب؛ لأنّه لا صارف لها إلى الندب، ولا يحل لأحد أن يخص منها شيئًا إلا بدليل.[3]

أدلة القائلين بأنها إن كانت شريفة لم تجبر على إرضاعه، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه، وهم المالكية:

قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)[4] اختلف في الرضاع هل هو حق للأم أو هو حق عليها، واللفظ محتمل، لكن العرف يقضي بأنه عليها، إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط. والعادة جرت أنه إذا كانت شريفة ألا ترضع فلا يلزمها ذلك.[5]

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنها لا تجبر على إرضاعه، ولكن يندب لها ذلك، والأولى فعله –والله أعلم–، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن لفظ " يُرْضِعْن" في قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ) محتمل وهو غير صريح في الوجوب، وما ذهب إليه ابن أبي ليلى وأبو ثور إنما هو وقوف عند ظاهر النص. وأمّا تمييز المالكية بين الشريفة وغيرها، فراجع إلى العرف، والاستناد للعرف يكون عند عدم النص أو الإجماع، ولا مساغ للاستناد إليه – هنا – إذا أمكن انتزاع الدليل من

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[2] – سورة البقرة، آية233.

[3] – أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، ج4، ص288. المهذب، الشيرازي، ج2، ص167. تكملة المجموع، المطيعي،ج18، 310. المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[4] – سورة البقرة، آية233.

[5] – الذخيرة، القرافي، ج4، ص270. أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، ج4، ص288. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج3، ص161.

الآيات الكريمة بعدم الوجوب كما ذكر الجمهور[1]. ولقوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ)[2] محمول على حال الاتفاق وعدم التعاسر[3].

أثر العرف على إجبار الأم على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية:

ظهر تأثير العرف بشكل كبير في المذهب المالكي، فالإمام مالك عمل بالعرف واعتبره نوعاً من المصلحة، فقد خصص قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)[4]، بالعادة فاستثنى المرأة الشريفة التي لم تجر عادة مثلها بالإرضاع أو التي تتضرر بالإرضاع -كما مر-.

والأصل الذي جرى عليه عرف المسلمين في ديارهم من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا، أن المرأة ترضع ولدها، وهي أولى الناس بذلك.[5]

وما تحدث عنه الفقهاء في مسألة الإرضاع، وإجبار الأم عليه، واستئجار المرضعة، والتفريق بين الشريفة وغيرها، كلها مسائل عرفية، لا وجود لها عندنا في هذه الأيام لأن النساء ترضع أطفالها عندنا دون استثناء، فجميع النساء في زمننا سواسية في الإرضاع دون تفريق بين شريفة وغيرها.

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة الخمسين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (تتعين الأم لإرضاع ولدها، وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة، ولم توجد متبرعة، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه، أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها).

---

[1] – الرضاع المحرّم في الفقه الإسلامي، عبد الله العسيلي،ص85، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدارسات العليا والبحث العلمي في جامعة الخليل.

[2] – سورة البقرة، آية233.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص313.

[4] – سورة البقرة، آية233.

[5] – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، الأشقر، ص337.

وجاء في المادة الحادية والخمسين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها).

أي أن الأم إذا رفضت إرضاع طفلها عندما لا تتعين لذلك، فلا تجبر عليه؛ بدليل أن على الأب أن يستأجر مرضعة أخرى حال التعاسر والامتناع، وإن كان الأَوْلى لها القيام بهذا العمل ما دام الزوج ينفق عليها، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

المبحث الخامس: أثر العرف على الحضانة. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الحضانة لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة، وأثر العرف عليها.

المطلب الثالث: أوقات زيارة المحضون وأثر العرف فيه.

المطلب الرابع: سفر الحاضنة بالمحضون، وأثر العرف عليه.

المطلب الخامس: مقدار أجرة الحضانة وأثر العرف فيه.

المطلب الأول: الحضانة لغة واصطلاحا.

أولا: الحضانة لغة: مأخوذة من الحضن، والحضن: ما دون الإبْط إلى الكَشح، وقيل: هو الصدر والعَضُدان، وما بينهما، والجمع أَحْضان.[1]

ثانيا: الحضانة اصطلاحا:

عرفها الحنفية بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة.[2]

وعرفها المالكية بأنها: حفظ الولد في مبيته ومؤنه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.[3]

وعرفها الشافعية بأنها: القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه.[4]

وعرفها الحنابلة بأنها: حفظ الطفل عما يضره وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ذلك. وقيل: هي حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه.[5]

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور، ج13، ص122.

[2] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص555.

[3] – مواهب الجليل، الحطاب،ج5، ص593.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج9، ص98.

[5] – الإنصاف، المرداوي، ج9،ص307.

يتبين من تعريفات الفقهاء أن المقصود من الحضانة تربية المحضون وتنشئته تنشئة سليمة وتربية جسمه وعقله ووجدانه وإصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة إليه من تنظيف ولباس ومأكل ومشرب وغير ذلك.

المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة، وأثر العرف عليها.

من المقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال في الجملة، وأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ الولادة، لكن إنهاء حضانة النساء على الصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيها بين المذاهب، وبيان ذلك فيما يلي:

مذهب الحنفية[1]: تمتد حضانة الغلام حتى يستغني عن خدمة النساء، ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس والاستنجاء، سواء أكانت الحاضنة أماً أم غيرها.

ووجه ذلك أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم. والأب أقدر على التأديب والتثقيف، وقدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب، وقيل: بتسع سنين.

وتمتد حضانة الجارية حتى تبلغ بالحيض أو الاحتلام أو السن، هذا إن كانت الحاضنة هي الأم أو الجدة، لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء، والمرأة على ذلك أقدر، وأما بعد البلوغ فتحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب فيه أقوى وأهدى. وبلوغ الصغيرة إما بتسع سنين أو بإحدى عشرة سنة. أما غير الأم والجدة فإنهن أحق بالصغيرة حتى تشتهى.

مذهب المالكية[2]: تمتد حضانة الغلام إلى بلوغه وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضاً أو مجنوناً على المشهور. ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل.

مذهب الشافعية[3]: تمتد حضانة الغلام والجارية إلى حد التمييز – وقدر بسبع سنين أو ثمان غالباً – فإذا بلغ حد التميز فإنه يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما دفع إليه، وإذا عاد واختار

---

[1] – الهداية، المرغيناني، ج2، ص38. البحر الرائق، ابن نجيم، ج4، ص184.

[2] – المدونة، الإمام مالك، ج2، ص258.الشرح الكبير، الدردير،ج2، ص526. مواهب الجليل، الحطاب،ج5، ص594.

[3] – المهذب، الشيرازي، ج2، ص171. روضة الطالبين، النووي، ج9، ص 103. تكملة المجموع، المطيعي،ج18، ص337.

الثاني نقل إليه، وهكذا كلما تغير اختياره، لأنه قد يتغير حال الحاضن، أو يتغير رأي المحضون فيه بعد الاختيار، إلا إن كثر ذلك منه بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه، فإنه يجعل عند الأم ويلغى اختياره.

مذهب الحنابلة[1]: تمتد حضانة الغلام حتى يبلغ سن السابعة فإن اتفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، لأن الحق في حضانته إليهما، وإن تنازعا خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما. ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه وهكذا.

أما الجارية إذا بلغت سبع سنين، فالأب أحق بها، ولا تخير؛ لأن غرض الحضانة الحظ والمصلحة، والحظ للفتاة بعد السبع في الوجود عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى به، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها تكون بعد ذلك قابلة للتزويج، وإنما تخطب الجارية من أبيها.

أدلة القائلين بأن المحضون لا يخير بعد وصوله سن معين، وهم الحنفية والمالكية:

لأن المحضون لا قول له، ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده، ويترك تأديبه، ويمكنه من شهواته، فيؤدي إلى فساده.[2]

أدلة القائلين بأن الحضانة تستمر إلى سبع سنين، ثم يخير المحضون بعدها، وهم الشافعية والحنابلة:

1. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: إن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقالت: فداك أبي وأمي إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عنبة. فجاء زوجها وقال: من يخاصمني في ابني. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: « هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ ». فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ فَانْطَلَقَتْ بِهِ[3]. دل هذا الحديث على أن المحضون يخير بين أبويه إذا وصل سناً معينة.

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص301.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص301.

[3] – سنن أبي داود، ج2، ص251، رقمه: 2279. سنن النسائي، ج6، ص185، رقمه: 3496 ، وحكم عليه الألباني بأنه صحيح في حكمه على سنن النسائي. سنن الترمذي، ج3، ص638، رقمه:1357، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

2. روي عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه[1]. وروي عن عمارة الجرمي أنه قال: خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان[2]. وروي نحو ذلك عن أبي هريرة وهذه قصص اشتهرت ولم يعرف لذلك مخالف فكان إجماعاً.[3]
3. ولأن التقديم في الحضانة حق للولد فيتقدم من هو أشفق به، لأن حظ الولد عنده أكثر، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين، دل على أنه أرفق به، واشفق عليه فقدم بذلك.[4]

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه المالكية، وهو أن حضانة الذكر تمتد للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى الدخول، لأن ذلك فيه مصلحة المحضون فهو الأشفق والأصلح للمحضون، فالولد قبل البلوغ يبقى بحاجة إلى عناية أمه به والقيام ببعض شؤونه. وأما تخير الولد كما في رأي الشافعية والحنابلة غير مقبول، لأنه لا قول له، ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده، ويترك تأديبه، فيؤدي ذلك إلى فساده. والآثار التي بني عليها الإجماع ضعيفة.

أثر العرف على انتهاء مدة الحضانة:

مما سبق ظهر أن المذهب الحنفي لم يحدد سناً معينة لدفع الغلام إلى أبيه لتأديبه، وإنما ربط ذلك بالاستغناء عن خدمة النساء، فأي سن يظهر فيه أن الغلام قد استغنى عن خدمة النساء يعطى لوالده، وقد حددها الحنفية بعد ذلك بسن السابعة، وقيل التاسعة، تبعاً للغالب وجرياً على العادة، فيكون تحديد سن انتهاء حضانة الغلام داخلاً تحت أحكام العرف، من حيث جواز الاجتهاد فيه وتغيره بتغير الزمان والمكان والأعراف والعادات، فلا يعني تحديد الحنفية انتهاء مدة الحضانة بسبع سنوات، أن يستمر ذلك إلى قيام الساعة في كل زمان ومكان، وإنما الذي نص عليه الحنفية هو السن الذي يستغني فيه الغلام عن خدمة النساء، ولا شك أن هذا السن يختلف بين غلام وآخر، وبين زمان وآخر،

---

[1] – السنن الكبرى، البيهقي، ج8، ص4، رقمه: 16180. لم أعثر على حكم له.

[2] – السنن الكبرى، البيهقي، ج8، ص4، رقمه: 16179. حكم عليه الألباني بأنه ضعيف في كتابه مختصر إرواء الغليل، ج1، ص436.

[3] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص301.

[4] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص301.

وبين مجتمع وآخر. فلو حكم القضاء في أيامنا هذه بسن العاشرة لاستغناء الصغير عن حضانة النساء، لا يكون مخالفاً لنص الحنفية، لاختلاف العادة والأمر مجتهد فيه، ومتروك لمراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي.[1]

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة الحادية والستين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة، وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة). وهذا يلتقي مع تحديد فقهاء الحنفية لسن انتهاء حضانة الصغير، إلا أن القانون حددها بسن غير سن الذي حدده الحنفية وهذا من باب تغير الحكم بتغير الزمان والمكان والأعراف والعادات– كما مر–.

جاء في المادة الثانية والستين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم). أخذت هذه المادة بما ذهب إليه المالكية في حضانة الغلام وهي إلى البلوغ، وأخذت بما ذهب إليه الحنفية في حضانة البنت وهي إلى البلوغ، حتى يترك مجالا ولو يسيرا للأب ليرعى شؤون ابنته، ويحافظ عليها ويحميها.

المطلب الثالث: أوقات زيارة المحضون وأثر العرف فيه.

لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤيته وزيارته، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم ذكروا آراءً مختلفة نسبياً، بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد الذي يكون ولده في حضانة غيره.

ذهب الحنفية[2]: إلى أن الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته وتعهده إن أراد ذلك. ولا يجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر، بل يخرجه كل يوم إلى مكان يمكن للآخر أن يراه فيه.

---

[1] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص94.

[2] –الدر المختار، الحصكفي، ج3، ص571.

ذهب المالكية[1]: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة. والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله مطالعة ولده من آن لآخر، أي الاطلاع عليه.

أما الشافعية[2]: فقد نصوا بأن الأنثى والذكر يخيرون، وبالتالي فإن المخيَّر **إذا كان أنثى**، وقد اختارت الأم، فإنها تكون عندها ليلاً ونهاراً، ويزورها الأب على حسب العادة والعرف مرة في يومين فأكثر لا في كل يوم، ويمنع من زيارتها ليلاً للعادة لما في ذلك من التهمة والريبة. ولا يطلب الأب إحضارها، بل يزورها هو لتألف الستر والصيانة.[3]

أما إذا اختارت الأنثى الأب: فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً، وتأتي الأم لزيارتها لأنها أولى بالخروج لسنها وخبرتها ثم الزيارة تكون في الأيام على العادة وحسب العرف لا في كل يوم، وإذا دخلت لا تطيل المكث.[4]

وأما **إذا كان المخير ذكراً**، وقد اختار الأم، فإنه يكون عندها ليلاً، ويكون عند أبيه نهاراً يؤدبه ويعلمه أمور الدين والمعاش والحرفة.[5]

وأما إذا اختار الذكرُ الأب: فإنه يكون عنده ليلاً ونهاراً، ويرسله الأب إلى أمه لتنظر إليه، ولا يكلفها المجيء إليه؛ لأنها عورة، فسترها أولى، كل ذلك بحسب العادة، ولا يمنعه من زيارة أمه؛ لئلا يكون ساعياً في العقوق، وقطع الرحم.[6]

فإن مرض المحضون، فالأم أولى بتمريضه، ذكراً أو أنثى؛ لأنها أصبر عليه من الأب ونحوه. والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به، وإن لم يرض يكون التمريض في بيتها. ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها.[7]

---

[1] – الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص512.

[2] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص599. روضة الطالبين، النووي، ج9، ص104.

[3] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص600. روضة الطالبين، النووي، ج9، ص104.

[4] – روضة الطالبين، النووي، ج9، ص104.

[5] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص599. روضة الطالبين، النووي، ج9، ص105.

[6] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص599.

[7] – مغني المحتاج، الشربيني،ج3، ص599.

أما الحنابلة[1]: فقد نصوا على تخير الذكر دون الأنثى، وبالتالي فإن الغلام إذا اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه. وإن اختارها كان عندها ليلاً، وعند أبيه نهاراً ليؤدبه ويعلمه في مكتب أو في صناعة.

وأما الأنثى فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر؛ لأن فيه حملاً على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم، ولا يطيل المقام؛ لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه، والورع إذا زارت ابنتها: تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه، لئلا تختلط به. وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، لحاجتها إليه.

والأم تزور ابنتها، والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة وعرف الناس، كاليوم في الأسبوع.

أثر العرف في أوقات زيارة المحضون.

ظهر تأثير العرف على أوقات زيارة المحضون. والعادة في زمانهم عند الشافعية والحنابلة تكون بزيارة الطفل مرة كل يومين، أو كل أسبوع، ولا تكون كل يوم – كما مر–.

وهذا يعني أن عرف الناس إذا تغير عُمل بما عليه الناس في الوقت الحاضر، لا بما هو منصوص في كتب الفقهاء.[2]

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة الثالثة والستين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته).[3]

---

[1] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص303. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج5، ص503، دار الكتب العلمية.

[2] – أثر العرف في الفُرَقِ، إلهام باجنيد، ص443.

[3] – وقد ألغى القانون الأردني المعدل لسنة(2001) هذه المادة، واستعاض عنها بالمادة التالية:

(أ– يتساوى حق الأم وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته.

ب– عند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم والولي مرة في كل أسبوع، وللأجداد الأم والجدات مرة في الشهر، ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة.

=ج– للقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها حسب مصلحة الصغير إذا لم يتفق الطرفان على ذلك). وقد تضمنت هذه المادة تفصيلات لم تكن موجودة من قبل.

المطلب الرابع: سفر الحاضنة بالمحضون، وأثر العرف عليه.

في جواز سفر الحاضن بالمحضون وعدمه تفصيل في المذاهب، وإليك ذلك:

المذهب الحنفي[1]: إذا كانت الأم هي الحاضنة في حال قيام الزوجية، أو أثناء العدة من طلاق أو وفاة، فمكان الحضانة: هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج، ولا يجوز لها الانتقال به إلا بإذن الزوج؛ لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء مع الولد أو بدونه، لقوله تعالى: (لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ)[2].

وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه؛ فلها ذلك، مثل: أن تتزوج كوفية بالكوفة، ثم نقلها زوجها إلى الشام فولدت أولاداً ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك؛ لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به، لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح، فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك فكان راضياً بالتفريق، إلا أن النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباع الزوج فإذا زال فقد زال المانع.

وإن كان الذي جرى فيه النكاح هو القرية وأرادت الانتقال إليها وهو يسكن المدينة فالأب أحق به، لأن في انتقاله إلى القرية إلحاقَ ضررٍ به لتخلقه بأخلاق أهلها، وإن كان الأمر بالعكس أي الانتقال من القرية إلى المدينة فلها ذلك، لأن فيه مصلحة الصغير، ولا ضرر على الأب فيه.

المذهب المالكي[3]: ليس للأم أن تنقلهم عن المكان الذي فيه والدهم وأولياؤهم إلا أن يكون ذلك إلى موضع قريب كالبريد[4] ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم. وليس لها السفر سفر نُقْلة وانقطاع من بلد إلى بلد ستة بُرُد فأكثر، فإن سافرت إلى مكان يبعد هذه المسافة عن بلد إقامة الأب، سقط

---

[1] – الهداية، المرغيناني، ج2، ص38. بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص217.

[2] – سورة الطلاق، آية 1.

[3] – المدونة الكبرى، الإمام مالك، ج2، ص259. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص531.

[4] – البَرِيدُ: المسافة بين كل منزلين من منازل الطريق وهي أميال اختلف في عددها. لسان العرب، ابن منظور، ج3، ص82. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، ص48. وبمقياس العصر تعادل 22176م أي 22كم و176م، ما خالف المذهب الحنفي، عادل إدريس، ص132.

حقها في الحضانة لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي. ولا يسقط حقها في الحضانة بسفر التجارة والزيارة والحج ونحوه.

المذهب الشافعي[1]: إذا كان السفر من أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كتجارة وحج، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود. وإن كان السفر من أحد الزوجين سفر نُقْلة، كان الأب أولى من الأم بالحضانة، بشرط أمن الطريق وأمن البلد المقصود بالسفر، حفظاً للنسب، فإنه يحفظه الآباء، أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق.

المذهب الحنبلي[2]: متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحضون إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، تسقط حضانة الحاضنة، ويكون الأب أحق بالحضانة.

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من منع سفر الحاضنة بالمحضون وانتقال حق الحضانة للأب في حال السفر، هذا إذا كان البلد الذي تريد أن تسافر إليه أكثر من مسافة القصر، وذلك لأن في السفر بالمحضون اضراراً به، ولأنه في كونه مع الأم رعاية لحضانته، وفي كونه مع الأب رعاية حفظ النسب والتأديب، والحضانة تقوم بها غير الأم.

أثر العرف على سفر الحاضنة بالمحضون:[3]

لم يرد نص من الشارع يمنع أحد الوالدين من الانتقال بالصغير، أو يعتبر هذا الانتقال مسقطا للحضانة .

أما ما ذهب إليه الحنفية من مراعاة مكان اجراء العقد واعتباره دلالة ضمنية على الرضا بحضانة الصغير في البلد الذي جرى فيه العقد على الزوجة وهو بلدها، فهو من السياسة الشرعة في اعتبار القرائن، وبالتالي اعتبر الحنفية اجراء العقد بين الزوجين في بلد الزوجة رضا من الزوج بحضانة الصغير في بلدها، لأن الحضانة من آثار عقد الزواج، وهذا الرضا الضمني من الزوج مع

[1] – مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص 600.

[2] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص305. الإنصاف، المرداوي، ج9، ص315.

[3] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص98.

أنه لم يصرح به ولم يذكره في العقد، معتبر عندهم وتترتب عليه الأحكام مراعاة للقرينة واعتباراً للعرف.

وما ذهب إليه الحنفية من انتقال المحضون إلى القرية فيه إلحاق ضرر به لتخلقه بأخلاق أهلها، لم يرد فيه نص من الشارع، سوى ما رأوه من تحقق مصلحة المحضون باكتسابه الأخلاق الحميدة في المدينة. وبالتالي فإن هذا التعليل لا يستمر في كل الظروف، ويجب أن يتغير الحكم بين زمان وآخر وبين مجتمع وآخر.

والمشاهد في زماننا، أن المدينة بما أصبح فيها من صخب وسوء أخلاق وانتشار لوسائل اللهو المحرم، كل ذلك يدفع ويوجه الولد الى الفساد ما لم يكن له وازع وحماية قوية، وهذا الأمر ليس موجوداً في القرى بهذه الصورة والخطورة .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن معظم القرى الآن أصبحت تتمتع بوسائل العيش والعلم مما لا يخشى على الولد فيها، بل إن في القرى بُعدا عن المفاسد الموجودة في المدن لعدم توفرها فيها، فيكون نفعه ومصلحته بالعيش والاستقرار في القرية دون المدينة، وبناء على ذلك لا يجوز أن يكون الانتقال بالولد من القرية الى المدينة مسقطاً للحضانة في كل الأحوال والأزمان.

وحاصل الأمر عند الفقهاء هو رعاية مصلحة الصغير، وما ذكره الحنفية يختلف من عصر إلى عصر، وكذلك الأمر لما ذكره الشافعية والحنابلة[1]، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب على القاضي في كل قضية تعرض عليه أن يحقق مصلحة المحضون، ويجب عليه أن يراعي في قضائه ظروف المكان والزمان والحادثة ويطبق في شأنها ما يهديه اليه اجتهاده، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل حال .

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة السادسة والستين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته). وقد أخذت هذه

[1] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص579.

المادة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من منع سفر الحاضنة بالمحضون، إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته.

المطلب الخامس: مقدار أجرة الحضانة وأثر العرف فيها.

تقدير النفقة بأجرة المثل هو العدل، ولكن إن لم تعرف أجرة المثل، تكون النفقة بما يكفي الحاضنة طعاماً وكسوة بالمعروف، وكذلك يجب أن يراعى حال المنفق عسراً أو يسراَ حال إيجاب نفقة الحاضنة عليه، وقد أرشد الله سبحانه وتعالى إلى ذلك بقوله: (وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا)[1].

(والْمَعْرُوفِ: المتعارف عليه في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط. ثم بين تعالى أن الإنفاق على قدر غنى الزوج، ومنصبها من غير تقدير بقوله تعالى: (لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا)).[2]

وما دامت أجرة الحضانة مقدرة بالكفاية، ومقيدة بالمعروف، فإنها تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص، فقد يعتاد أهل بلد على مقدار معين، وأهل بلد آخر على مقدار آخر وهكذا، وقد تحدث ظروف تستدعي إعادة النظر في أجرة الحضانة كارتفاع الأسعار وغلاء الحاجات وهكذا.

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة التاسعة والخمسين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد عن قدرة المنفق).

---

[1] – سورة البقرة، آية 233.

[2] – الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج3، ص163.

المبحث السادس: أثر العرف على النسب. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: النسب لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: مسائل العرف في النسب.

المطلب الأول: النسب لغة واصطلاحا.

النَّسَبُ لغة: صلة القرابة.[1]

النسب اصطلاحا: الانتساب لأب معين[2]. أو هي القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة.[3]

المطلب الثاني: مسائل العرف في النسب.

المسألة الأولى: إمكانية التلاقي.

ذهب الحنفية[4]: إلى أن النسب يثبت بعقد الزواج الصحيح ولو لم يلتق الرجل بالمرأة، فلو تزوج مشرقي مغربية، ولم يلتقيا في الظاهر، فولدت ولداً لستة أشهر من تاريخ الزواج، ثبت النسب، لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة، وكرامات الأولياء حق، فتظهر الكرامة بقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة، ويكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوى لهم المسافات البعيدة. وقد استدلوا بعموم قوله ﷺ (الولد للفراش)[5] وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد.

ذهب المالكية[6] والشافعية[7] والحنابلة[8]: إلى أن النسب يثبت بالعقد الصحيح مع إمكانية الدخول والتلاقي، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلاً، لم يثبت نسب الولد من الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل.

---

[1] – المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، ص230، دار الكتب العالمية، الطبعة الأولى.

[2] – منح الجليل، محمد عليش،ج6، ص115.

[3] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج40، ص231.

[4] – رد المحتار، ابن عابدين، ج3، ص551. المبسوط، السرخسي، ج17، ص139.

[5] – الجامع الصحيح، البخاري، ج3، ص70، رقمه: 2053. الجامع الصحيح، مسلم، ج4، ص171، رقمه: 3686.

[6] – بداية المجتهد، ابن رشد، ج2، ص358. الشرح الكبير، الدردير، ج2، ص460.

[7] – المهذب، الشيرازي، ج2، ص120. مغني المحتاج، السربيني، ج3، ص499.

[8] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص117.

وذهب ابن تيمية وابن القيم: إلى أن النسب يثبت بالعقد الصحيح مع الدخول المحقَّقِ لا إمكانه المشكوك فيه.[1]

الرأي الراجح: يترجح لي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن النسب يثبت بالعقد الصحيح مع إمكانية الدخول والتلاقي، لأن ذلك يتفق مع العادة والواقع المحسوس، ولأنه يستحيل أن يكون الولد من الزوج عند عدم التقاء الزوجين، فكل حالة لا يثبت فيها التقاء الزوجين لا يثبت فيها النسب، وهنا كذلك. ورجحت امكان الدخول على تحقق الدخول رعاية لحق الصغير وصيانة لمصلحته في اثبات النسب. أما ما ذهب إليه الحنفية فإنه بعيد، ولا تبنى الأحكام على خوارق العادات.

أثر العرف على إمكانية التلاقي.

إن قول الرسول ﷺ (الولد للفراش) نص عام يدخل فيه إمكان التلاقي أو عدم إمكانه، إلا أن الجمهور قيدوا هذا النص، لا بنص مثله بل بالعادة والمتعارف عليه بين الناس والظاهر والمعقول، فاشترطوا إضافة على العقد الصحيح إمكانية التلاقي بين الزوجين، وليس لهم من مستند في ذلك سوى حكم العقل وهو ما سموه بالعادة المطردة غالباً، حيث إنهم قيدوا المطلق به، رعاية لمصلحة الرجل، وقد غلبوها هنا على مصلحة الصغير في اثبات النسب، ترجيحاً لحكم العقل والواقع المحسوس والمتعارف عليه بين الناس.[2]

موقف القانون في المسألة:

جاء في المادة السابعة والأربعين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد...). أخذ القانون برأي الجمهور في حالة إنكار النسب، أما عند عدم الإنكار فيثبت نسب الولد مع عدم امكانية التلاقي بينهما بعد العقد لقول الرسول ﷺ: (الولد للفراش).[3]

---

[1] – زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، ج5، ص415، مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون ، 1415هـ /1994م.

[2] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص115.

[3] – شرح قانون الأحوال الشخصية، السرطاوي، ص541.

المسألة الثالثة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة.

اشترط الفقهاء شروطاً للعان من بينها: أن لا يكون الزوج قد اعترف بالولد صراحة أو ضمناً، ومنها أن يحصل النفي من الزوج عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود، وهذه المسألة هي موضوع البحث، وقد اختلف الفقهاء فيها على النحو التالي:

الحنفية: ذهب أبو حنيفة[1] إلى أن نفي الولد يكون بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين أو نحوهما إلى سبعة أيام مدة التهنئة بالمولود عادة، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي. وروي عن أبي حنيفة أنه لم يقدر هذه المدة بزمن معين، بل جعل تقديرها مفوضاً إلى رأي القاضي لأن نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه، إذ ربما ينفي نسبه وهو منه، أو يعترف به وهو ليس منه، وكلاهما لا يحل شرعاً، وعلى هذا لا بد من إعطاء الزوج مدة يفكر فيها ويتروى، وهذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال وأعراف الناس، فلا يمكن تحديد زمن يطبق بالنسبة لجميع الأفراد والحالات، فيجب تفويض ذلك إلى القاضي.

وقال الصاحبان[2]: يتقدر نفي الولد بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوماً، لأن النفاس أثر الولادة، فيأخذ حكمها، فكما يكون للزوج أن ينفي الولد عند الولادة يكون له أيضا أن ينفيه ما دام أثرها باقياً.

ذهب المالكية[3] **والشافعية**[4] و**الحنابلة**[5]: إلى أن نفي نسب الولد يكون على الفور، فإذا ولدت المرأة فسكت زوجها عن نفي ولدها مع إمكانه لزمه نسبه، ولم يكن له نفيه بعد ذلك، ولا يتقرر ذلك بثلاثة أيام، بل هو على حسب ما جرت به العادة وعرف الناس، إن كان ليلاً فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب، أو ينام إن كان ناعساً، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب، ويصلي إن حضرت الصلاة ويحرز ماله إن كان غير محرز، وأشباه ذلك من أشغاله، فإن أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه. وعللوا ذلك بأنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص55.

[2] – بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص55.

[3] – شرح مختصر خليل للخرشي، ج 4، ص130.

[4] – مغني المحتاج، السربيني، ج3، ص499.

[5] – المغني، ابن قدامة، ج9، ص47.

كخيار الشفعة، وقالوا إن قوله ﷺ: (الولد للفراش)[1] لا يتعارض مع ذلك، لأنه عام يخرج منه النفي باللعان فوراً حسب العرف والعادة.

أثر العرف على ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة.

ورد النص في آية الملاعنة وهي قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ{6} وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ{7} وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ{8} وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ{9})[2]، نعم ورد النص مطلقاً وغير محدد بفترة زمنية طالت أم قصرت، وأعطى الشارع الزوج نفي ولده باللعان ولم يبين وقت المطالبة بهذا الحق، هل هو حين الولادة أو بعدها أو قبلها. والأصل في المُطْلَق أن يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد، ولم يرد نص شرعي أو اجماع يقيد وقت الملاعنة بزمن محدد، إلا أن الفقهاء قيدوه بالعادة والعرف، واعتبروا قبول الزوج بالمباركة والتهنئة له بالمولود اقراراً ضمنياً ببنوته ونسبه ومنعوه من النفي بعد هذا الإقرار الضمني، وإنما فهموا هذه الدلالة غير المنصوص عليها من القرائن، وهي أن قبوله بالتهنئة قائم مقام الرضا، وسكوته عن النفي خلال هذه المدة دليل إقراره بالنسب، وإلا فالمعهود في مثل هذه الحالات أن يبادر من يعتقد أن المولود ليس منه إلى نفيه فوراً، وهذا الأصل كما قال أبو حنيفة إلا أنه أمهله يوماً أو يومين استحساناً، حتى لا يتسرع في أمر خطير. فإذا مضت هذه المدة اليسيرة وقَبِل التهنئة بالولد وأَمَّن على دعاء المهنئين، فهو مقر بالنسب ضمناً. وحفظاً لحق الصغير في اثبات نسبة قرر الفقهاء منع الأب من نفيه بعد ذلك، احتياطاً في نسب الصغير ومؤاخذة للأب بإقراره الضمني.[3]

موقف القانون في المسألة.

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة في مواده، وبالتالي يُعْمَلُ بالراجح من مذهب أبي حنيفة بناء على المادة (183) من القانون.

[1] – سبق تخريجه، ص207.

[2] – سورة النور، آية 6–9.

[3] – تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو، ص124.

الخاتمة

نتائج البحث وتوصياته.

نتائج البحث:

1. العرف: عادة جمهور قوم في قول أو فعل.
2. اشترط الأصوليون عدة شروط للعمل بالعرف، وهي: أن يكون مطرداً أو غالباً، وأن يكون قائماً عند إنشاء التصرف، وألا يعارضه تصريح بخلافه من المتعاقدين، وألا يكون مخالفاً لنصٍ شرعي.
3. الأحكام المبنية على العرف والعادة، تتغير إذا تغير عرف الناس وعاداتهم بخلاف الأحكام المستندة إلى الأدلة الشرعية التي لم تبن على العرف والعادة فإنها لا تتغير.
4. ينعقد الزواج بلفظ الإنكاح والتزويج، وبكل لفظ عُدَّ في العرف دالاً عليه.
5. تعتبر الكفاءة للمرأة في جانب الرجل؛ لأن المرأة تعير بخسة زوجها عرفاً.
6. مناط اعتبار عامة الصفات في الكفاءة لدى الفقهاء العرف، فإذا تغير العرف تغيرت صفات الكفاءة، سوى التدين.
7. سكوت البكر يُعدُّ إذناً بالنكاح عادة لِما جُبلت عليه من الحياء، ويتغير هذا بتغير العرف.
8. تعارف الناسُ في أيامنا هذه أنَّ الوطء لا يكون إلا بعد الزفافِ كنوعٍ من أنواع الإعلان له، فإنَّ هذا الأمرَ له احترامه؛ تقديرا لأعراف الناس وعاداتهم.
9. اللفظ المستعمل والمشهور للدلالة على الطلاق بين الناس اليوم هو لفظ الطلاق.
10. لم يرد نص من الشارع، يحدد الحد الأعلى للمهر أو الحد الأدنى له، وبالتالي فهي مسألة متروكة لأعراف الناس وعاداتهم في كل زمان ومكان.
11. تعجيل المهر وتأجيله راجع إلى عرف الناس في كل بلد، فإذا تعارف أهل بلد على نمط معين صح ذلك.
12. المعتبر في مقدار النفقة الواجبة الكفاية بالمعروف، بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، وفق العرف الذي يسود مجتمعهم.
13. الأصل الذي جرى عليه عرف المسلمين في ديارهم من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا أن المرأة ترضع ولدها وإن كانت لا تجبر عليه ولكن يندب لها ذلك، وهي أولى الناس به.

14. تحديد سن انتهاء حضانة الغلام وزيارة المحضون وأجرة الحاضنة من الأحكام الداخلة تحت تأثير العرف.

15. لم يرد نص شرعي يقيد وقت الملاعنة بزمن محدد، إلا أن الفقهاء قيدوه بالعادة والعرف، واعتبروا قبول الزوج بالمباركة والتهنئة له بالمولود اقراراً ضمنياً ببنوته ونسبه.

توصيات البحث:

1. أن تعدل المادة (92) من قانون الأحوال الشخصية: (اليمين بلفظ: علي الطلاق، وعلي الحرام، وأمثالهما، لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافة إليها). لأن الأصوب– والله أعلم– بقاء النص عاماً، لا فرق بين من وجه الخطاب للزوجة أو لغيرها، وبين من أضافه للزوجة أو لم يضفه، فالصيغة صيغة يمين كما هو متعارف بين الناس، ولا أثر لما ذكره القانون في الحالتين اللتين استثناهما في الحكم.

2. جاء في المادة الثالثة والستين ومائة من قانون الأحوال الشخصية: (يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته). وهذه المادة جاءت مجملة غير مفصلة، لذلك جاء القانون الأردني المعدل لسنة (2001) وفصل هذه المادة بتفصيلات لم تكن موجودة من قبل، لذلك أوصي بتعديل هذه المادة كما في القانون الأردني المعدل لسنة (2001) ونصها ما يلي: (أ– يتساوى حق الأم وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته. ب– عند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم والولي مرة في كل أسبوع، وللأجداد الأم والجدات مرة في الشهر، ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة. ج– للقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها حسب مصلحة الصغير إذا لم يتفق الطرفان على ذلك). وقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني في المادة (216) في الفقرة (1): (لكل من الأبوين رؤية المحضون لدى الآخر دورياً وفقاً للاتفاق بين الطرفين، وعند الاختلاف يكون هذا الحق مرة في الأسبوع ويحدد القاضي زمانها ومكانها).

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. أثر العرف في التشريع الإسلامي، السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
3. أثر العرف في الفُرَق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة، إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،1424 هـ-2003م.
4. أثر العرف في كتاب النكاح، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الحمدان ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن.
5. أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي، نواف عواد الشويعر، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله تخصص القضاء الشرعي في كلية الدراسات الفقهية والقانونية بجامعة آل البيت، بإشراف الأستاذ الدكتور قحطان الدوري.
6. الاجتهاد في الإسلام، نادية العمري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1406هـ-1986م.
7. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة الثانية،1410هـ-1990م.
8. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الشحات إبراهيم محمد منصور، أستاذ الشريعة الإسلامية، عميد كلية الحقوق – جامعة بنها.
9. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر الأشقر، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م.
10. الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة الثانية، 1421 هـ - 2000 م، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي.
11. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة قاريوني، بنغازي، الطبعة السادسة، 1993م.

12. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003م- 1424هـ.
13. أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، دار احياء التراث العربى، بيروت، 1405 هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوى.
14. أحكام المعقود عليها، عثمان إدريس، قدِّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي بكلية الدراسات العُليا في جامعة الخليل، عام ١٤٢٧ هـ- ٢٠٠٦ م، إشراف فضيلة الدكتور: عدنان هاشم صلاح.
15. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى ، 1404هـ.
16. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي أبو الحسن، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى ، 1404هـ، تحقيق : د. سيد الجميلي.
17. الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
18. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ - 2005 م، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن.
19. الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، 1421 - 2000، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض.
20. أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد بن درويش بن محمد الحوت، دار الكتب العلمية.
21. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ-1980م.
22. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1403هـ-1983م.
23. أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، الدار الجامعية، بيروت.
24. أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1406هـ - 1986م.

25. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، دار الفكر ، بيروت، لبنان، 1415 هـ - 1995 مـ.
26. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 2002 م.
27. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.
28. الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ، 1393هـ.
29. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ.
30. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، اسماعيل باشا بن محمد امين بن مير سليم البابانى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، عنى بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين بالتقايا، ورفعت بيلكه الكليسى.
31. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
32. البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ - 2000م، تحقيق: د. محمد محمد تامر.
33. بداية المجتهد و نهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة، 1395هـ-1975م.
34. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود.
35. بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي ، دار الكتب العلمية، بيروت،1415هـ - 1995م، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين.

36. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م، حققه: د محمد حجي وآخرون.

37. تأثير العرف في تحديد معنى [الكفاءة] في الزواج ، د. مروان محمد محروس المدرس الأعظمي، الندوة الثالثة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الهندي .

38. تَاج التراجم، أبو الفداء زين الدين قاسم بن قُطلُوبغا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى،1413هـ-1992م، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف.

39. تاج العروس من جواهر القاموس: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ، أبو الفيض ، الملقّب بمرتضى ، الزَّبيدي، دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين.

40. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ - 1987م، الطبعة الأولى، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري.

41. تاريخ بغداد، أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت.

42. تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار، عبد الرحمن بن حسن الجبرتي، دار الجيل، بيروت.

43. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، دار عالم الكتب، الرياض،1423هـ- 2003م، تعليق جمال مرعشلي.

44. تحديد سن الزواج بتشريع قانوني، محمد أمين الحسيني، بحث منشور في مجلة المنار، مجلد25.

45. التحرير والتنوير المعروف بتفسير ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ- 2000م.

46. تحفة الحبيب على شرح الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ -1996م.

47. تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ - 1984م.
48. تخريج أحاديث شرح العقيدة الطحاوية، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ.
49. تخصيص العموم بالعرف، وأثره في الفروع الفقهية، د. ماهر حامد الحولي، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثامن عشر، العدد الثاني،2010م.
50. تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عايش عمرو، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات نيل درجة الدكتورة من الجامعة الأردنية، 1994م، بإشراف: أ. د محمد ياسين.
51. التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري.
52. تغير الأحكام بتغير الأزمان، أ. د حسين الترتوري، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد59، سنة2003م.
53. تفسير المنار، محمد رشيد بن علي رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب،1990 م.
54. تقريب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، طبعة دار الرشيد، بحلب، الطبعة الأولى، 1406هـ.
55. التقرير والتحبير، ابن أمير الحاج ، محمد بن محمد، دار الفكر، بيروت،1417هـ - 1996م.
56. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ -1989م.
57. التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م، المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني.
58. تنبيه الأبرار بكتاب الخلع والطلاق والظهار الطهطاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ- 2003م.
59. تهذيب الأسماء واللغات، أبى زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.

60. تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1404هـ - 1984م.

61. تيسير التحرير على شرح التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر.

62. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت.

63. الثمر المستطاب في فقه السنة والكتاب، الألباني، غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

64. جامع الأصول في أحاديث الرسول، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط.

65. جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، أبو جعفر الطبري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ، 1420 هـ - 2000 م، تحقيق: أحمد محمد شاكر.

66. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، دار الجيل، بيروت، ودار الأفاق الجديدة، بيروت.

67. الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، دار ابن كثير ، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1407هـ- 1987م، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا.

68. الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الأولى ، 1407هـ - 1987م.

69. الجامع الصحيح، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون.

70. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، الإمام الحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب، حقق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه : الدكتور ماهر ياسين الفحل.

71. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ - 1964 م، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش.

72. الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، حسن بن محمد المشاط، دار الغرب الاسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1411هـ، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان.
73. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، الناشر: مير محمد كتب خانه ، كراتشي.
74. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
75. حاشية الشرقاوي، أبو يحيى زكريا الأنصاري، طبعة الحسينية، مصر.
76. حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، دار الفكر، 1419هـ - 1998م، بيروت، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.
77. الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1994م.
78. حكم الطلاق الثلاث، عبد الناصر أبو البصل، وهو بحث منشور في كتاب مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن.
79. خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، عبد الناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة.
80. خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، الطبعة الأولى، 1405هـ.
81. الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة، محمد علاء الدين بن علي الحصكفي، دار الفكر، بيروت، 1386هـ.
82. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني.
83. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (المالكي)،لابن فرحون، ص115، طبع بمصر 1351 هـ.
84. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب، بيروت، 1994م، تحقيق: محمد حجي.

85. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندى، دار الفكر، بيروت،1421هـ - 2000م.
86. الرضاع المحرِّم في الفقه الإسلامي، عبد الله عبد المنعم العسيلي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدارسات العليا والبحث العلمي في جامعة الخليل.
87. الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، لبنان، المحقق: سعيد محمد اللحام.
88. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المكتب الإسلامي، بيروت،1405هـ.
89. الروضة الندية شرح الدرر البهية، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي، دار المعرفة.
90. زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون ، 1415هـ /1994م.
91. سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، دار الفكر،1423هـ- 2003م، يشمل على: آراء الألباني، والشيخ البسام، تحقيق: حازم علي القاضي.
92. السلوك في طبقات العلماء والملوك، بهاء الدين محمد بن يوسف بن يعقوب الجندي الكندي، مكتبة الإرشاد، صنعاء، 1995م، تحقيق: محمد بن علي بن الحسين الأكوع الحوالي.
93. سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مكتبة أبي المعاطي.
94. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
95. سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني، مؤسسة الرسالة، تدقيق مكتب التحقيق بمركز التراث للبرمجيات.
96. السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة الأولى، 1344 هـ.

97. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثالثة.
98. سير أعلام النبلاء، الامام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة، تحقيق: شعيب الارنؤوط.
99. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، دار بن كثير، 1406هـ، دمشق، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرناؤوط.
100. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت،1411هـ.
101. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ - 2002م، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم.
102. الشرح الصغير بحاشية الصاوي ، الدردير، دار المعارف، مصر.
103. شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، دار القلم.
104. الشرح الكبير، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.
105. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1997 مـ، المحقق: محمد الزحيلي و نزيه حماد.
106. شرح تنقيح الفصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي،(دراسة وتحقيق)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية، إعداد الطالب: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي، إشراف: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور حمزة بن حسين الفعر.
107. شرح قانون الأحوال الشخصية، محمود السرطاوي، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1997م.

108. شرح مختصر المنار المسمى بخلاصة الأفكار شرح مختصر المنار، زين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي، دار ابن كثير ، دمشق، دار الكلم الطيب، بيروت، تحقيق: د. زهير بن ناصر الناصر.

109. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر.

110. صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.

111. الضعفاء والمتروكين، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م، المحقق: بوران الضناوي، وكمال يوسف الحوت.

112. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة، 1414 هـ- 1993م.

113. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان.

114. طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1970م، المحقق: إحسان عباس.

115. طبقات المفسرين، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1396هـ، تحقيق: علي محمد عمر.

116. العرف حجيته وآثاره الفقهية للدكتورة أسماء بنت عبدالله الموسى، استاذة أصول الفقه المساعدة بجامعة البنات بالرياض، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب تصدرها جامعة نايف العربية، المجلد 21، العدد41، محرم 1427هـ، السنة 21.

117. العُرف حجيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة دراسة نظريّة تأصيليّة تطبيقيّة، للدكتور عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المكتبة المكية، الطبعة الأولى ،1418هـ -1997م.

118. العرف محمد جبر الألفي، ضمن بحوث مجلة المجمع الفقهي، الدورة الخامسة.

119. العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سِنّة، مطبعة الأزهر،1947م.

120. عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، نايف محمد الجنيدي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي في جامعة الخليل، 1428هـ- 2007م، إشراف الأستاذ الدكتور حسين الترتوري.

121. عقد النكاح وصيغة الطلاق عند أعراب فِلَسْطِين، محمد رشيد رضا، وهي فتوى منشورة في مجلة المنار، مجلد 31.

122. علوم الحديث لابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشَّهْرُزُوْرِيُّ، دار الفكر المعاصر، 1425هـ - 2004م.

123. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، إشراف ومراجعة: صدقي جميل العطار.

124. الفتاوى الكبرى الفقهية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الانصاري، دار الفكر.

125. الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1987م، المحقق: محمد عبدالقادر عطا، ومصطفى عبدالقادر عطا.

126. الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية، علي بن نايف الشحود، مركز الفتوى بإشراف د. عبد الله الفقيه.

127. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت ، 1379هـ .

128. فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي ، دار الفكر.

129. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد بن أحمد بن محمد عليش، جمعها ونسقها وفهرسها: علي بن نايف الشحود.

130. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، دار الفكر، بيروت.

131. فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، الشيخ زين الدين بن عبد العزيز المليباري، دار الفكر، بيروت.

132. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1998م، تحقيق: خليل المنصور.
133. الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة.
134. فقه السنة، سيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
135. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، الدكتور مصطفى الخن و الدكتور مصطفى البغا وعلي الشربجي، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة،1428هـ-2007م.
136. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، دار الكتب العلمية.
137. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، مكتبة الثقافة الدينية، المحقق: رضا فرحات.
138. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
139. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ- 2005م، تحقيق مكتب التراث بإشراف محمد العرقوسي.
140. قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ-1999م ، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي.
141. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، دار المعارف، بيروت، لبنان، المحقق: محمود بن التلاميد الشنقيطي.
142. القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ-2003م.
143. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، تحقيق: أ. د محمد بن سيدي محمد مولاي.

144. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ-1980م، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني.
145. الكامل في ضعفاء الرجال، أبو أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني، دار الفكر.
146. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية.
147. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر.
148. الكليات، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ - 1998م، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري.
149. لحظ الألحاظ بذيل طبقات الحفاظ، أبو الفضل محمد بن محمد بن محمد ابن فهد الهاشمي المكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
150. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
151. لسان الميزان، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1406 هـ- 1986م، تحقيق: دائرة المعرف النظامية، الهند.
152. ما خالف المذهب الحنفي في قانون الأحوال الشخصية، عادل إدريس إدريس، قدِّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي، بكلية الدراسات العُليا في جامعة الخليل، عام ١٤٢٨ هـ-٢٠٠٧ م، إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور حسين الترتوري.
153. مالك، محمد أبو زهرة، مكتبة الأنجلوا المصرية، مطبعة الاعتماد بمصر.
154. المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ -2003م.
155. المبسوط ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ -2000م، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس.

156. المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ – 1986م، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة.

157. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخي زاده، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1998م، تحقيق: خليل عمران المنصور.

158. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر، طبعة دار الفكر، بيروت، 1412 هـ– 1992م.

159. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1426 هـ – 2005 م، المحقق: أنور الباز و عامر الجزار.

160. المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط1، دار الفكر، بيروت، مطبوع مع التكملة الأولى للسبكي، والتكملة الثانية للمطيعي.

161. رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف: ابن عابدين .

162. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، الطبعة الأولى، 1400هـ –1980م.

163. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، 1404هـ –1984م.

164. المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر.

165. المحيط البرهاني، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه، دار إحياء التراث العربي.

166. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، 1415هـ – 1995م، تحقيق: محمود خاطر.

167. مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1405 هـ– 1985م.

168. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة السابعة، 1383 هـ- 1963م.
169. المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، المحقق: زكريا عميرات.
170. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الكتب العلمية، بيروت.
171. المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411 هـ- 1990م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
172. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني، مؤسسة قرطبة، القاهرة، تعليق شعيب الأرنؤوط.
173. مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي الدمشقي، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م، المحقق: عبد المعطي قلعجي.
174. المسودة في أصول الفقه، آل تيمية [بدأ بتصنيفها الجدّ، مجد الدين عبد السلام بن تيمية ، وأضاف إليها الأب، عبد الحليم بن تيمية ، ثم أكملها الابن الحفيد، أحمد بن تيمية] ، دار الكتاب العربي، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
175. مُصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، الدار السلفية الهندية القديمة، تحقيق: محمد عوامة .
176. مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
177. المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401 - 1981، تحقيق: محمد بشير الأدلبي.
178. معالم السنن [وهو شرح سنن أبي داود]، أبو سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، 1351 هـ - 1932 م.

179. المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، 1403 هـ، تحقيق: خليل الميس.
180. المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.
181. معجم البلدان، ياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت.
182. معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
183. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار ، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.
184. معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر، 1399هـ – 1979م، المحقق: عبد السلام محمد هارون.
185. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1418–1997م، تحقيق: محمد عيتاني.
186. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ.
187. مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، الدكتور حسنين محمود حسنين، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون 1409هـ– 1989م.
188. المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد دراسة فقهية قانونية اقتصادية، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الاسلامية.
189. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عليش، دار الفكر.
190. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية ، 1392هـ.
191. المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، مطبعة عيسى البابي، مصر.

192. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ- 1997م، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.

193. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، دار عالم الكتب، 1423هـ - 2003م، المحقق: زكريا عميرات.

194. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الأجزاء من 1 - 23 : الطبعة الثانية ، دارالسلاسل، الكويت، الأجزاء من 24 - 38 : الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء من 39 - 45 : الطبعة الثانية ، طبع الوزارة، الطبعة (من 1404 - 1427هـ).

195. الموطأ، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

196. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.

197. الندوة الفقهية الطبية الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المعاصرة، المنعقدة في الكويت عام 1987م.

198. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، مؤسسة الريان ، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م، المحقق: محمد عوامة.

199. نظام الأسرة في الإسلام، د. محمد عقلة، مكتبة الرسالة، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٨٣م.

200. نظرية العرف، الدكتور عبد العزيز الخياط، مكتبة الأقصى، عمان، الطبعة الأولى، 1397هـ-1977م.

201. النكاح والقضايا المتعلقة به، أحمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية 1387هـ - 1967م.

202. النكت والعيون، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم.
203. نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي، دار الفكر، بيروت.
204. نهاية السول شرح منهاج الوصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ- 1999م.
205. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مكتبة دار التراث، القاهرة.
206. الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، المكتبة الإسلامية.
207. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الرابعة، 1429هـ - 2007م.
208. الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة، 1976م.
209. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق.
210. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، محمد ناصر الدين بن الحاج نوح الألباني، دار المعارف، الرياض، الطبعة الأولى،1412 هـ -1992 م.
211. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، دار صادر، بيروت.
212. الولاية في النكاح، عوض بن رجاء بن فريج العوفي، أصل الكتاب رسالة (ماجستير) - الجامعة الاسلامية، 1403 هـ، الناشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ-2002م.

موقع الإنترنت

1)ويكيبيديا، الموسوعة الحرة،

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%81%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%B2%D8%B1%D9%82%D8%A7

2)افتاء

http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/CurrentFatwa/Pages/CurrentFatwa11.aspx

3) منتدى إجازات العلوم الشرعية والإثبات

http://www.esnady.com/vb/showthread.php?431-%C7%E1%DA%E1%C7%E3%C9-%C7%E1%C3%D5%E6%E1%ED-%CF.-%C3%CD%E3%CF-%DD%E5%E3%ED-%C3%C8%E6-%D3%E4%C9-%C8%DE%E1%E3%E5

4) مجلة البيادر السياسية

http://www.al-bayader.com/readarticle.aspx?articleid=21326

5)لها اون لاين

ttp://www.lahaonline.com/articles/view/41584.htm

6) تلفزيون نابلس

http://www.nablustv.net/internal.asp?page=details&newsID=77758&cat=14

7) روسيا اليوم

http://arabic.rt.com/news_all_news/news/596344

8) رام الله –"القدس دوت كوم" – مهند العدم.

9)شبكة فداء الاقصى

http://www.fedaaqsa.com/NewsDetails.aspx?id=8279

10)رسالة الإسلام

http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4851

11) موقع سماحة الدكتور عبد العزيز الخياط

http://abdelazizkhayyat.com/CV.html.

12)شبكة راية الإعلامية: http://www.raya.ps/ar/topics/819849.html

13)الملتقى الفقهي http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4469

14)الوعي الاسلامي

http://alwaei.com/topics/view/article.php?sdd=2704&issue=525

فهرس الآيات

(وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ)	النساء	23	187، 190
(وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ)	النساء	24	166
(فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)	النساء	25	50
(وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ	النساء	34	158، 159
(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا)	النساء	35	144
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)	المائدة	1	105
(وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ)	المائدة	45	43
(لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ ...)	المائدة	89	21
(ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُواْ أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)	المائدة	89	139
(وَكَذَّبَ بِهِ قَوْمُكَ وَهُوَ الْحَقُّ قُل لَّسْتُ عَلَيْكُم بِوَكِيلٍ)	الأنعام	66	8
(وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ)	الأنعام	152	115
(خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)	الأعراف	199	19
(وَاللّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْرِّزْقِ)	النحل	71	86، 93
(ضَرَبَ اللّهُ مَثَلاً عَبْداً مَّمْلُوكاً لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ...)	النحل	75	92
(الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً)	النور	3	90
(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ...)	النور	6	210
(وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ)	النور	32	50، 71، 111
(يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ...)	النور	58	22
(أَفَمَن كَانَ مُؤْمِناً كَمَن كَانَ فَاسِقاً لَّا يَسْتَوُونَ)	السجدة	18	90
(إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً)	الأحزاب	28	136
(فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا)	الأحزاب	37	60
(وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن	الأحزاب	50	60، 91

يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)			
(كَذَّبَتْ قَوْمُ نُوحٍ الْمُرْسَلِينَ)	الشعراء	105	8
(وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ)	الشورى	14	62
(إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)	الحجرات	13	83 ،91
(يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ)	المجادلة	11	87
(قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ)	التحريم	2	139
(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)	الطلاق	1	129، 130، 136، 201
(فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)	الطلاق	2	75، 136، 160
(وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ)	الطلاق	4	111
(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم)	الطلاق	6	104، 182، 192
(لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ)	الطلاق	7	174، 175، 178

فهرس الأحاديث

والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً	104
الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ	26
ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها	102
الولد للفراش	207
ولدت من نكاح	50
وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	175
يَا بَنِى بَيَاضَةَ أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ وَانْكِحُوا إِلَيْهِ	84
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	188
يَسِّرُوا ، وَلاَ تُعَسِّرُوا وَبَشِّرُوا ، وَلاَ تُنَفِّرُوا	63

فهرس الآثار

الأثر	المأثور عنه	الصفحة
أن عمر رضي الله عنه تزوج أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب وهي جارية صغيرة تلعب مع الجواري	عمر	118
أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل	عمر	155
ثِنْتَانَ فَضَلْتُمُونَا بِهَا يَا مَعْشَرَ الْعَرَبِ لاَ نَنْكِحُ نِسَاءَكُمْ وَلاَ نَؤُمُّكُمْ	سلمان	86
خير علي عمارة الجرمي بين عمه وأمه وكان ابن سبع أو ثمان	عمارة الجرمي	199
سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها، فقال سعيد بن المسيب: يخرج بها إن شاء	سعيد بن المسيب	104
شرط الله قبل شرطهم، أو قال: قبل شرطها	علي	104
عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه	عمر	199
لأَمْنَعَنَّ لِذَوَاتِ الأَحْسَابِ فُرُوجَهُنَّ إلاَّ مِنَ الأَكْفَاءِ	عمر	86
مقاطع الحقوق عند الشروط	عمر	106
هي امرأة ابتليت فلتصبر، حتى يأتيها موت أو طلاق	علي	154

فهرس الأعلام

27.	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري	23
28.	علي بن محمد بن علي الجرجاني	5
29.	علي بن محمد، سيف الدين الآمدي	25
30.	عمر سليمان عبد الله الأشقر	150
31.	كمال الدين ابن الهمام	10
32.	محمد بن أحمد أبو عبد الله القرطبي	6
33.	محمد بن أحمد الدسوقي	81
34.	محمد بن جرير الطبري	20
35.	محمد بن محمد بن عرفة	55
36.	محمد رشيد رضا	64
37.	محمود علي السرطاوي	149
38.	مصطفى أحمد الزرقا	7
39.	موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي	57
40.	ناصر الدين ابن المنيّر	15
41.	وهبة بن مصطفى الزحيلي	6

فهرس الموضوعات

المحتويات